



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

TÍTULO:

Obtención de muestras genéticas. ADN y la coacción en la obtención.

WORK TITLE:

Obtaining genetic samples. DNA and coercion in the collection

AUTORA:

Penélope Gómez Salas

DIRECTORA:

M.^a Amparo Renedo Arenal

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	2
2. REGULACIÓN DEL USO DEL ADN EN EL PROCESO PENAL	5
2.1 EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ADN	6
2.2 REGULACIÓN ACTUAL DEL ADN EN ESPAÑA	21
3. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS	27
3.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	31
3.2 DERECHO DE DEFENSA: DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO	32
3.3 DERECHO A LA INTIMIDAD	36
3.4 DERECHO A LA INTEGRIDAD	41
4. LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL	43
4.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL ADN	43
4.2 REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS	49
4.3 TOMA DE MUESTRAS	61
4.3.1 Recogida de vestigios biológicos del lugar de los hechos	61
4.3.2 Obtención de vestigios abandonados por el sospechoso: muestras subrepticias	65
4.3.3 De la propia víctima	67
4.3.4 Toma directa de muestras del sospechoso, detenido o imputado	69
4.3.4.1 Toma de muestras biológicas consentidas voluntariamente por el sospechoso	70
4.3.4.1.1 Asistencia letrada	71
4.3.4.1.2 Consentimiento informado	74
4.3.4.2 Obtención de muestras biológicas no aceptada voluntariamente por el sospechoso	75
4.3.4.2.1 Autorización judicial	75
4.3.4.2.2 La coacción física	79
4.3.4.2.2.1 Sospechosos, detenidos o imputados	82
4.3.4.2.2.2 Condenados por delitos graves	84
4.4 LA CADENA DE CUSTODIA	85
4.5 VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN	91
5. CONCLUSIONES	95
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA	98
7. REFERENCIAS ONLINE	103
8. JURISPRUDENCIA UTILIZADA	105

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal se caracteriza por la diversidad de técnicas existentes para probar la responsabilidad de un sujeto en cuanto a la comisión o no de un delito, todas ellas sujetas a la eficacia y fiabilidad que presentan en cuanto a la búsqueda de la verdad. En este contexto, desde hace unos años, la identificación de los sujetos se consigue gracias a la prueba del ácido desoxirribonucleico (en adelante ADN), cuya emersión ha supuesto una transformación de gran valor, hoy en día imprescindible, en la forma de abordar las investigaciones y la toma de decisiones, puesto que la tecnología que la acompaña permite llegar a resultados inaccesibles con anterioridad a la existencia de esta prueba.

De forma que, es su capacidad para vincular de manera prácticamente inequívoca a los sujetos con la escena del crimen o para exonerar a los inocentes, lo que la convierte en una herramienta esencial en la resolución de casos penales.

Consecuentemente, se puede desestimar la idea errónea de la pertenencia de conceptos tales como “muestra biológica” o “perfil genético” al ámbito estrictamente científico, puesto que, como veremos, estos se encuentran ligados al derecho, en tanto en cuanto nos permiten esclarecer diversos casos penales, a través, justamente, del análisis de esas muestras biológicas y su perfil genético.

Empero, una exploración en profundidad de la regulación, efectos y aplicación de la prueba de ADN en el proceso penal español nos conduce a inferir que, la irrupción de esta prueba, y las modernas tecnologías que lleva aparejada la misma, además de sus numerosas ventajas, también supone una gran cantidad de retos y desafíos a los que habrá que ir dando una respuesta eficaz y conveniente.

De manera que, en el presente trabajo de fin de grado, se trata de poner de relieve los numerosos problemas que surgen en el ámbito procesal a consecuencia de la introducción de la prueba de ADN, así como, las diversas soluciones ofrecidas por jurisprudencia y doctrina. Cuestiones legales, éticas o técnicas que, en todo caso, han de afrontarse mediante un planteamiento garantista y respetuoso con los derechos fundamentales de los que goza toda persona, con independencia de su condición procesal.

Para emprender este estudio sobre el uso de la prueba de ADN en el proceso penal español, hemos considerado la división del trabajo en tres capítulos principales, donde nos detenemos y analizamos minuciosamente diferentes aspectos.

El primer capítulo se centra en la evolución y regulación del uso del ADN en el proceso penal. Retrocedemos hasta sus orígenes para entender la evolución normativa que ha sufrido la prueba, hasta llegar a la legislación que hoy en día disfrutamos. Por un lado, la regulación del uso del ADN en el proceso penal nos sirve para sumergirnos en una revisión histórica de la prueba, desde su descubrimiento y sus primeros usos en procesos penales hasta los cambios legislativos que han propiciado su integración en el proceso penal. Por otro lado, y, en consecuencia, ha sido objeto de estudio la regulación actual, con detalle en las leyes vigentes que rigen su uso.

Son tema de estudio, ya en el segundo capítulo, los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la utilización de la prueba de ADN. La atención a estos y la forma en que se remedia el posible conflicto entre ambos es crucial para el válido funcionamiento del proceso penal, el cual se fundamenta tanto en un enfoque garantista como en el *ius puniendi* del Estado, lo que, veremos, hay que poner en la balanza. Por ello, se analiza la inclinación existente a favor del uso de la prueba de ADN, por el contrario, a favor de derechos fundamentales como el derecho a la integridad o a la intimidad, o, si se da un equilibrio entre ellos y se puede, en ocasiones, perturbar de alguna manera los derechos fundamentales.

Por último, el tercer gran capítulo recoge diferentes apartados en los que reside el cuerpo de la prueba de ADN. Es decir, es en este capítulo en el que se desarrolla la práctica desde una visión más procesal y pragmática, ya que, a través del análisis teórico de la base legal existente, se trata de dar respuesta a las diferentes problemáticas surgidas en la práctica. Comenzamos proporcionando una base teórica sobre en qué consiste el ADN y cuál es su naturaleza jurídica, para poder situarnos y no perdernos en las sucesivas explicaciones y, además, entender así su aplicación y utilidad.

A continuación, se desarrollan los requisitos objetivos y subjetivos que han de darse para la correcta utilización de la prueba de ADN, pues, asegurando estos, será válida la misma, lo cual es de vital importancia en un contexto tan ambiguo y arduo como el presente.

La toma de muestras es el siguiente apartado que se explora en detalle, en sus distintas versiones. Se estudian los diferentes supuestos que pueden darse en la toma de muestras, tanto aquellos que requieren una simple recogida de vestigios o muestras biológicas, bien del lugar del delito o de forma subrepticia del sospechoso o detenido, además de sus requisitos y sus peculiaridades, como aquellos en los que la toma se realiza de forma directa del sospechoso, detenido o imputado. En este último caso, se consideran las dificultades que la propia práctica suscita, como son el consentimiento, la asistencia letrada, la autorización judicial y la coacción física. Tales cuestiones son desarrolladas y expuestas según el caso en el que nos encontremos, de forma que se logra captar las características y propiedades de cada supuesto y cuál es la forma apropiada de llevarlo a cabo.

Por último, se discute la importancia que presenta la cadena de custodia, como elemento decisivo de la prueba de ADN, en el sentido de que, la salvaguarda de esta cadena de custodia afecta de manera directa en el valor de la propia prueba. Lo que, seguidamente, en el capítulo final, se examina cómo se valoran estas pruebas ya en el juicio oral.

Es consecuencia, por tanto, de la dificultad e importancia del tema analizado y su consecuente extensión, la necesidad de acortar el trabajo y dejar fuera del estudio el análisis de la base de datos de ADN, con todas las cuestiones que ello conlleva, a pesar de que haya sido mencionado en diversas ocasiones al referirnos a otras cuestiones sí analizadas.

En definitiva, se pretende proporcionar un estudio detallado de la prueba de ADN en el proceso penal español, atendiendo los diferentes retos que supone, por medio de un análisis exhaustivo de sus cuestiones esenciales y más controvertidas, lo que, a su vez, nos permite conocer en profundidad esta prueba y la enorme importancia que recae sobre la misma.

2. REGULACIÓN DEL USO DEL ADN EN EL PROCESO PENAL

La utilización de las pruebas de ADN ha experimentado un crecimiento significativo a lo largo de las últimas décadas. Tanto es así que, se ha convertido en una herramienta fundamental para la investigación de delitos, gracias a su gran utilidad, eficacia y potencia resolutoria. Se trata de un avance determinante en técnicas de identificación del sospechoso, impensable antaño, pero existente hoy en día gracias a los avances de los medios técnicos que permiten obtener perfiles de ADN de inmensa fiabilidad, dado su grado de certeza.

Es tal el impacto social que deriva de esta práctica, tanto a nivel nacional como internacional, que implica una mayor atención a la protección de la misma, debido a que, además, sirve no solo de base para condenar a una persona, sino también para absolverla. Podemos afirmar, por tanto, que la capacidad que presenta el ADN para considerarse una fuente de prueba imprescindible ha modificado la manera en que se afrontan los procesos penales en España.

Si bien, como podría parecer obvio, la fiabilidad, utilidad y regulación de la prueba de ADN no se asienta de un día para otro, si no que se alcanza de forma progresiva mediante un proceso con muchas contradicciones, interrogantes y aún incompleto. Por ello, en este primer capítulo examinaremos en detalle el camino de los análisis de ADN en el proceso penal hasta la actualidad, así como la regulación que rige estas prácticas.

2.1 EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ADN

Como hemos antedicho, la prueba de ADN reporta presencia a partir de las últimas décadas, no se trata de una prueba de gran antigüedad, pero sí de gran trayectoria. El punto de partida del análisis de ADN lo constituyen las investigaciones realizadas en 1953 por el estadounidense James Dewey Watson y por el británico Francis Harry Compton Crick, los cuales, trabajando juntos en la Universidad de Cambridge (Reino Unido), descubrieron la estructura de una molécula de ADN¹, consistente en dos cadenas paralelas que se enrollan en forma de una doble hélice². Este descubrimiento posibilita una variedad de aplicaciones y actuaciones con presencia en diversos sectores sociales.

Mas, fue en 1985 cuando el científico británico Alec Jeffreys³, descubre, accidentalmente, que todo individuo posee una «*huella genética*» distintiva y que nuestras células conservan un material genético con un patrón determinado diferente en cada persona. Lo que permitió a Alec Jeffreys entender el descubrimiento al que había llegado fue ver, tras el análisis que estaba realizando, patrones que diferenciaban totalmente a las tres personas que habían estado involucradas en el mismo: un técnico de laboratorio, una madre y un padre⁴. Tiempo después del hallazgo, este fue aplicado, por primera vez de manera oficial, en un proceso judicial para la resolución de un caso de inmigración en el que se demostró que, un niño originario de Gambia, era el hijo de una pareja residente en Londres, tal y como aseguraban los padres⁵. El descubrimiento del genetista Jeffreys facilitó la investigación y el enjuiciamiento en procesos tanto civiles como penales. Respecto al proceso civil en lo referente a la paternidad, como es el caso previamente mencionado, y, respecto al proceso penal en lo referente a la identificación del autor y al esclarecimiento

¹ Este descubrimiento les proporcionó, también a Maurice Wilkins, el Premio Nobel de Medicina de 1962. "The Nobel Prize in Physiology or Medicine 1962". Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/1962/summary/>.

² Vid. DEL OLMO DEL OLMO, J.A., "Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 91, 2012.

³ Alec Jeffreys estudió bioquímica y genética en el Merton College de Oxford. Actualmente es Catedrático de Genética en la Universidad de Leicester y profesor de Investigación Wolfson de la Royal Society. Fue uno de los primeros en descubrir la variación hereditaria en el ADN humano e inventó las huellas dactilares de ADN, demostrando cómo pueden utilizarse para resolver problemas de identidad y parentesco y creando el campo del ADN forense. "Biography of Professor Sir Alec Jeffreys". Disponible en: <https://le.ac.uk/dna-fingerprinting/biography>.

⁴ "La huella de ADN cumple 25 años", 2009. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/ciencia_tecnologia/2009/09/090910_huella_adn_men.

⁵ Tal y como nos indica COSPEDAL GARCÍA, R., "Laboratorios acreditados. Un aval de confianza en las pruebas periciales de ADN", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 2006, págs. 1746-1751.

de los hechos en delitos violentos tales como homicidios o aquellos que atentan contra la libertad sexual.

Fue para el caso Narborough – Asunto Queen vs Pitchfork – cuando las pruebas de ADN fueron utilizadas por primera vez en un proceso penal. Una joven de 15 años, Dawn Ashworth, había sido brutalmente asesinada en un pueblo cercano al lugar donde tres años antes había sido asesinada otra joven.

Richard Buckland, que vivía en la zona, había confesado que cometió el asesinato de Dawn, pero la policía no contaba con evidencia para corroborarlo y comprobar que era el asesino⁶. En ese momento, tras la resolución del caso de inmigración mencionado previamente, el foco yacía sobre la técnica desarrollada por Jeffreys por lo que la policía acudió donde este para resolver la investigación de la agresión sexual y asesinato de las dos jóvenes.

El uso de las pruebas de ADN determinó la libertad del principal sospechoso, Buckland, por no corresponderse genéticamente las muestras de semen halladas en ambas víctimas, las cuales procedían de un mismo sujeto, con las muestras de sangre obtenidas de aquel⁷. Jeffreys consiguió probar la inocencia de Buckland como autor de ambos crímenes.

Para la identificación del autor, la policía realizó un análisis masivo a aproximadamente 4.500 hombres locales que cumplían condiciones de haber podido cometer el crimen, de entre 14 y 33 años. A pesar de la inexistencia de obligación legal, la presión social fue tal que la negativa a someterse al análisis convertía a aquel en sospechoso⁸. Gracias a ello, se identificó a Colin Pitchfork como autor de ambos crímenes, siendo la primera persona condenada en base a la prueba de ADN. Es apreciable ya, en esta primera intervención en un proceso penal, el carácter ambivalente de la prueba, siendo exculpatoria e inculpatória simultáneamente.

De igual forma, debemos destacar otro hito científico que propició el desarrollo de la prueba de ADN hasta la forma en la que la conocemos hoy en día. El bioquímico Kary Mullis⁹ consiguió en 1985 ampliar el ADN mediante el método de la Polimerasa (PCR),

⁶ “La huella de ADN cumple 25 años”, 2009. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/ciencia_tecnologia/2009/09/090910_huella_adn_men.

⁷ Véase CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, en *Diario La Ley*, N.º 8213, 2013.

⁸ *Ídem*

⁹ Ganó el Premio Nobel de Química en 1993 por la reacción en cadena de la Polimerasa. “The Nobel Prize in Chemistry 1993” Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/1993/summary/>.

cuya técnica permite hacer copias y repeticiones interminables de las células de ADN encontradas por muy insignificantes que fueran, haciendo más fácil el trabajo de identificación¹⁰. Esta técnica de reacción en cadena de la polimerasa revolucionó la biología molecular, así como la genética forense, puesto que permite, a partir de muestras de cantidades y tamaños mínimos, la amplificación del ADN.

Aunque hasta ahora hemos mencionado el uso del ADN con fines absolutorios o condenatorios, la trascendencia de esta prueba también deriva de su capacidad para revisar condenas ya firmes y probar la inocencia del condenado. Impulsado por el caso Narborough – Asunto Queen vs Pitchfork, el estadounidense Kirk Bloodsworth¹¹ se convirtió en 1993 en la primera persona en Estados Unidos en ser condenada al callejón de la muerte y posteriormente liberada en base a su ADN.

Él mismo, mientras leía sobre el uso del ADN en el caso Narborough durante su estancia en la cárcel - donde pasó 9 años – pensó “*Si uno puede condenar a alguien por el ADN, uno también puede liberar a alguien por el ADN*”. De esta manera, a pesar de las trabas a las que tuvo que enfrentarse, consiguió que se comparase su propio material genético con los rastros que pudieron encontrarse en los objetos guardados de la escena del crimen. Pudo probar su inocencia: la comparación genética determinó que él no había sido el asesino¹².

Enfocándonos en España, el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo relacionado con la prueba de ADN fecha en 1992, en la STS 1701/1992, de 13 de julio. La misma resolvía un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 3 de enero de 1990.

Se trata de un caso de violación y homicidio en el que los hechos probados son los siguientes: una joven universitaria de la Universidad de Zaragoza, al salir de esta hizo autostop para acudir al centro de la ciudad. Fue el procesado quien la recogió y desvió su

¹⁰ Tal y como expone LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal de ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, N.º 8190, 2013.

¹¹ Estadounidense condenado a cadena perpetua como responsable de la violación y asesinato de una niña de 9 años cerca de Baltimore en 1984. Hoy en día es uno de los directores de *Witness to Innocence*, una organización de sobrevivientes del callejón de la muerte que aboga por la abolición de la pena capital. Además, existe un programa en su honor para sufragar los costos de las pruebas de ADN que se realizan tras una condena.

¹² Cfr. SPARROW, T. “El primer condenado a muerte que se salvó por su ADN”, 2013. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131119 EEUU bloodsworth callejon muerte adn tsb>.

camino hacia un descampado donde agredió sexualmente y estranguló a la joven, para posteriormente enterrarla en las proximidades.

Se sometieron a análisis los restos de semen presentes en el cuerpo de la víctima, así como los presentes en un trapo encontrado en el coche del procesado, en aquel momento sospechoso. Los resultados fueron coincidentes por lo que podrían pertenecer al mismo individuo. Para sumar mayor fiabilidad al análisis, compararon los marcadores genéticos presentes en la sangre que el procesado donó voluntariamente con los del esperma. Todo ello coincidía con los marcadores presentes en las muestras de esperma tomadas de la víctima y las presentes en el trapo, *«los marcadores genéticos a que se hace referencia (...) son científicamente exactos en todas las muestras donde se detectaron»*. El fallo dictaminó la condena como autor responsable de un delito de violación, de homicidio y de inhumación ilegal.¹³

Una vez conocedores de los hechos sucedidos, el carácter pionero y las apreciaciones realizadas en la propia sentencia, nos exigen señalar someramente algunas de estas. En primer lugar, hay que apuntar que, a principios de los años 90, no existía régimen jurídico que diese respuesta a las problemáticas que surgían a la hora de poner en práctica esta prueba, tal es así que, ya el propio tribunal advierte que, la genética es, sin duda, *una ciencia esencial en nuestros días* pero que, en la actualidad, *plantea importantes problemas e interrogantes*. Por ende, la regulación de la prueba de ADN recae sobre la jurisprudencia hasta la aparición de regulación legal, que, como veremos en el próximo apartado, es escalonada en el tiempo.

Destacamos de la misma sentencia otras consideraciones establecidas por el tribunal, al determinar que, *«el proceso ha servido, en este caso, para alcanzar la verdad histórica o real por medios de absoluta legitimidad y conformes a la Constitución Española y el número de pruebas es tal y su grado de convicción tan completo, ... sino los demás medios probatorios, todos en dirección unívoca, que puede decirse, dentro de la relatividad con la que el Derecho puede hablar y escribir, que esta verdad real o histórica se alcanzó...»*. En los fundamentos de derecho, por un lado, *«el procedimiento sobre investigación biológica mediante el análisis del A.D.N. basado en el polimorfismo genético individual, tiene un alto o altísimo poder de diagnóstico individual y, en el caso*

¹³ Hechos probados de la STS, Sala 2ª, de lo Penal, 1701/1992, de 13 de julio, núm. 2419. Ponente: Enrique Ruiz Vadillo.

que nos ocupa, el nivel de positividad fue tan alto que posiblemente este estudio no aporte nada nuevo. La exigencia de motivación está ampliamente cumplida». Por otro lado, en el Fundamento Jurídico núm. 1, *«se trata de conclusiones científicas plenamente responsables y serias. Es cierto que el mayor progreso se ha conseguido, a través de las correspondientes evoluciones en este orden de cosas, al poderse descifrar el código genético de la persona humana por un grupo de investigadores estadounidenses de la Universidad de Cambridge, entre cuyos hallazgos y los actuales en progresión hay un enlace muy preciso».* Estas apreciaciones infieren el valor que, desde el primer momento, se le ha otorgado a la prueba de ADN en el proceso penal posicionándola como un instrumento crucial para la averiguación del delito y para la identificación del delincuente, ya que nos permite alcanzar esa *«verdad real o histórica»*.

Otro pronunciamiento que resaltar es la STC 207/1996¹⁴, de 16 de diciembre. Es la primera resolución que en nuestro ordenamiento se ocupa, de modo general y con la pretensión de disponer su régimen procesal, de las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal, estableciendo una clasificación de las mismas y sus presupuestos de legitimidad constitucional¹⁵. En esta, se analiza la constitucionalidad de una autorización judicial que permitía obtener muestras biológicas del imputado para posteriormente realizar un análisis de ADN, en función de si se vieron o no afectados los derechos a la integridad física y a la intimidad.

No obstante, la aportación clave de la citada sentencia del Alto tribunal la encontramos en su Fundamento Jurídico núm. 4, en el que se concreta si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable, lo cual, para evitar repeticiones innecesarias, explicaremos en los capítulos sucesivos.

Por consiguiente, esta sentencia se constituye como un referente para tribunales y doctrina, al delimitar aspectos tales como la diferencia entre inspecciones y registros e intervenciones corporales y los derechos fundamentales que se ven afectados en cada una de ellas. También delimita los presupuestos de legitimidad constitucional para que las

¹⁴ En cuanto a esta STC 207/1996, 16 de diciembre, publicada en BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997. En relación a la cual véase DEL MORAL GARCÍA, A., “La protección constitucional del vello. STC 207/1996, de 16 de diciembre”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º 54, 2006, págs. 385 a 406.

¹⁵ Como manifiesta GÓMEZ AMIGO, L., “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1)”, en *Diario La Ley*, N.º 8324, 2014.

intervenciones corporales se consideren diligencias de investigación penal lícitas, que entendemos son de aplicabilidad para la toma u obtención de muestras biológicas, del sospechoso, detenido e imputado, de forma genérica.

Es tal su importancia que aparece expresamente mencionada en el Preámbulo de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, como veremos posteriormente. Ha sido tomada en cuenta a la hora de crear esta base de datos en lo relativo a la regulación de la obtención de muestras biológicas, en forma de intervenciones corporales.

Aproximándonos a una regulación legal, en el año 2003, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, afronta la cuestión del análisis genético de forma tangencial. El legislador hizo uso de la citada norma para operar la modificación de los artículos 326 y 363 de la LECRIM e introducir una DA. 3ª. en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la cual se crea la Comisión Nacional sobre uso forense del ADN¹⁶. Es visible como la regulación del ADN se aborda a través de reformas parciales, mínimas, que solucionan problemas específicos, pero que mantienen en duda otros de la misma relevancia. Autores como Etxeberria Guridi¹⁷ opinan que, el modo en que se ha regulado en España el uso de las técnicas de genética forense encaminado al esclarecimiento de hechos de naturaleza criminal deja mucho que desear desde la perspectiva del principio de legalidad. Piensa, además, que parecería lógico que el legislador hubiera abordado, con la conveniente diligencia y premura, una materia tan sensible desde el punto de vista de los derechos (fundamentales) afectados. La realidad, sin embargo, ha evidenciado una absoluta dejadez por parte del legislador, injustificable, por lo demás, desde el momento en que se han formulado variadas propuestas legislativas por parte del ejecutivo que por razones no siempre claras no han alcanzado a tramitarse.

¹⁶ Véase ALCOCEBA GIL, J.M., *El Análisis Genético Forense en el Proceso Penal Español*, Valencia, 2018, págs. 49 y 50. Para obtener información sobre la Comisión Nacional sobre uso forense del ADN ver: HERNÁNDEZ GARCÍA, C., “La comisión nacional para el uso forense del ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 84, 2011; ALONSO ALONSO, A., “ADN y proceso penal en España. La labor de la comisión nacional para el uso forense del ADN”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 273 a 288.

¹⁷ Vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en JIMENO BULES, M. y PÉREZ GIL, J., (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona, 2016, págs. 607 a 627.

Ciertamente sorprende el tratamiento que recibe la regulación de esta práctica ya que, a pesar de la trascendencia e influencia de esta, sigue sin existir un cuerpo normativo que aporte una regulación, agrupada y clara, del conjunto de actuaciones que conforman la prueba de ADN. Solo entendiendo esta como un proceso y no como actuaciones individualizadas sobre las que ir concretando aspectos podremos alcanzar la regulación que esta prueba merece, tanto por su complejidad como por su valor.

Por si fuera poco, en el Pleno del Congreso en sesión 23 de junio de 1998, se aprobó, con algunas modificaciones, la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular, es decir, un Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de ADN. A pesar de tratarse de una propuesta normativa integral, que abordaba el conjunto de cuestiones estrechamente vinculadas a lo referente al uso de la «genética forense»», este Borrador no concluyó en su aprobación como texto legal¹⁸. Como hemos comentado ya, es incomprensible la postura del legislador.

Continuando en la misma línea, es menester, al hablar de la evolución de la prueba de ADN en el proceso penal español, dedicar espacio a las dos sentencias contradictorias del Tribunal Supremo de 2005 sobre la toma subrepticia¹⁹. En un margen temporal de 6 meses, ante un supuesto idéntico, el Tribunal resolvió dos recursos de casación de forma totalmente antagónica. Por este motivo, estas sentencias se erigen como un referente en este ámbito al dejar ver, una vez más, como la insuficiente regulación del ADN, porque, adelantamos, en ese momento ya no nos encontrábamos en una situación de ausencia, si no de insuficiencia legal, exigía que las respuestas proviniesen de la jurisprudencia y doctrina, y, en consecuencia, la discrepancia caracterizaba los pronunciamientos. Se puede comprobar que, el recorrido hasta la regulación actual, fue un período marcado por la inseguridad jurídica.

Las sentencias a las que nos referimos son la STS 501/2005, 19 de abril de 2005 y la STS 1311/2005, de 14 de octubre. En ambas se da identidad de objeto y de sujeto. Mientras que la recurrida en abril se refiere al asalto, coacción de abandono al conductor y quema de un autobús, con la condena de uno de los acusados por delitos de coacciones y de

¹⁸ Ídem

¹⁹ Concepto que abordaremos en el capítulo cuatro del presente trabajo.

daños, ambos de carácter terrorista, la recurrida en octubre se refiere al incendio de un callejero automático, con condena de delito de daños terroristas al mismo individuo.

En la comisión de los delitos ya comentados, los autores actuaron cubiertos con prendas para evitar ser reconocidos. Curiosamente, tras la realización de los delitos se deshicieron de parte de las prendas utilizadas, las cuales fueron encontradas por la policía en las inmediaciones. Estas contenían restos genéticos del sujeto que las había usado por lo que permitió que se practicara la prueba de ADN²⁰.

Llama de nuevo la atención el hecho de que, el condenado, fue detenido dos veces y, en las dos ocasiones, se recogió un esputo suyo de forma subrepticia. Por un lado, en abril de 2002, varias personas implicadas en la llamada ‘kale borroka’ fueron detenidas, entre ellas, Alexander. Privado este de libertad, un policía recogió con un hisopo restos biológicos de un escupitajo de la celda correspondiente, que fue analizado por la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza, e introducido al juicio oral a través de las declaraciones de los policías, ante la falta de documentación por escrito en las diligencias²¹. Por otro lado, el segundo supuesto se da en octubre de 2002, el detenido arrojó un esputo al suelo de la celda antes de salir para el baño, y este fue recogido por el policía que le custodiaba para que se procediera a su estudio genético²². En ambos casos, los resultados de los análisis de ADN probaron que, los restos genéticos presentes en las prendas encontradas, eran coincidentes con las muestras obtenidas de forma subrepticia. De este modo se probó que el detenido era el culpable de los dos escenarios.

Como vemos, los hechos y la forma en que se toma la muestra subrepticia, no difieren entre sí, sin embargo, la postura que adopta el Tribunal a la hora de resolver estos recursos de casación es contraria. En la Sentencia 501/2005, 19 de abril de 2005, valiéndose del Fundamento de Derecho núm. 2 de la STS 510/1997, de 14 de abril y del Fundamento de Derecho núm. 4 de la STC 303/1993, se expone que, en el caso que aborda, no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal. No había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la

²⁰ Antecedentes de las STS 501/2005, 19 de abril de 2005, ponente: Joaquín Delgado García, y STS 1311/2005, 14 de octubre de 2005, ponente: José Antonio Martín Pallín.

²¹ Fundamento jurídico N.º 1 de la STS 501/2005, 19 de abril de 2005.

²² En antecedentes de la STS 1311/2005, de 14 de octubre.

muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente, el joven Alexander. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron. En conclusión, esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la hora de comprobar la ilicitud de la prueba de cargo existente, ha detectado tal vicio procesal: una condena con esta prueba vulneró el derecho del acusado a la presunción de su inocencia»²³. En el Fundamento Jurídico núm. 4 se analiza desde la hipótesis de que realmente hubiera existido una razón de urgencia para recoger la muestra biológica. El Tribunal considera que, incluso en tal hipótesis, se trataría de una prueba ilícita porque, en virtud del art. 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya sea en su versión anterior²⁴ o posterior a la modificación introducida por la LO 15/2003, es necesaria una resolución judicial que ordene o autorice la prueba de ADN, la cual no existía en este caso.

Por otro lado, en el Fundamento Jurídico núm. 5, se explica también el incumplimiento de otro artículo de la LECRIM, el 292, que impone la obligación de la policía judicial de extender por escrito un atestado de las diligencias que practiquen, con la mayor exactitud, informando de todo lo averiguado y de las circunstancias que hubieran observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. En el Fundamento Jurídico núm. 3 ya se menciona, *«de modo que en ese acto procesal queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba, y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra obtenida pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada»*. Ya hemos mencionado anteriormente que, la prueba se incorporó al juicio a través de las declaraciones de la policía, debido a la ausencia de escrito que documentase como se practicó la toma de la muestra.

²³ Fundamento Jurídico núm. 3, STS 1311/2005, de 14 de octubre.

²⁴ Este artículo 363 de la LECRIM, previo a la modificación por medio de la LO/2003, era el que estaba en vigor en el momento en el que se dictó la sentencia objeto de recurso, y ya nos decía: *“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”*. Se entiende, según la STS 501/2005, 19 de abril de 2005, que, dentro de esa amplia expresión de “análisis químicos”, estaban incluidas las diligencias periciales para determinación de ADN.

En resumen, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, al considerar que se infringía el precepto constitucional que confiere el derecho a la presunción de inocencia, dada la ilicitud de la prueba al no haberse cumplido las garantías exigidas.

En lo que refiere a la Sentencia 1311/2005, de 14 de octubre, el criterio del Tribunal Supremo cambia por completo. Esta vez no entra a defender los criterios que han dirigido la decisión como si la autorización judicial era preceptiva, si no se tomó la muestra de la forma debida, si no que expone, por un lado, que, no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal. En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso, pero obtenido de forma totalmente inesperada. Y, por otro lado, en lo relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado, indica el Tribunal que, no consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. (...) Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna²⁵. De esta forma, el Tribunal Supremo, sin hacer mayor aclaración, no da lugar al recurso de casación²⁶. Todo concluye en que se posibilita la actuación policial prescindiendo de la autorización judicial, sin que se vea afectado el derecho a la intimidad del individuo, debido a que se trata de la toma de una muestra biológica que el mismo ha expulsado de forma voluntaria, sin producirse actuaciones superiores.

²⁵ Fundamento Jurídico núm. 1 de la STS 1311/2005, de 14 de octubre.

²⁶ Contra esta sentencia se interpuso recurso de amparo, que dio lugar a la STC 199/2013, de 5 de diciembre. Sobre este recurso puede verse MARDARAS AGINAKO, A., “La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía. Comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año N.º 35, N.º 105, 2015, págs. 294 a 309.

Para poner fin a estas interpretaciones discrepantes en el Tribunal Supremo, el Pleno de su Sala de lo Penal adoptó el Acuerdo no jurisdiccional de 31 de enero de 2006²⁷, en virtud del cual: *«la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial»*²⁸. No obstante, ha sido objeto de ciertas críticas. Como afirma Cortés Bechiarelli²⁹, desde todos los puntos de vista, el Acuerdo carece del más elemental fundamento democrático – tanto formal, como materialmente – y cualquier reforma rigurosa de esta materia habrá de contemplar su eliminación del panorama judicial.

Un año después, en 2007, se aprueba la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. En su Preámbulo³⁰ manifiesta *«así como la creación de bases de datos que permitan intercambiar la información entre los Estados miembros, ha sido reiteradamente expuesta desde las Instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente. En el mismo sentido se ha venido pronunciando el Consejo de Europa a partir de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal. Finalmente, debe recalcar que, en la redacción de la presente Ley, como no podría ser de otra manera, se han tenido en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, ha venido conformando el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias como la 207/1996, de 16 de diciembre»*.

El Derecho Comunitario siempre ha sido consciente del potencial que presenta el perfil de ADN en la identificación de delincuentes, por lo que viene desarrollando resoluciones y recomendaciones para, a través de la cooperación judicial y policial, luchar contra la

²⁷ Además de este, el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno del TS de 13 de julio de 2005 y el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de septiembre de 2014.

²⁸ Véase DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 91, 2012.

²⁹ Según CORTÉS BECHIARELLI, E. “Panorama legislativo de la prueba de ADN en España: Consideraciones críticas”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 117 a 141.

³⁰ Preámbulo de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

persecución delictual de forma organizada, colaborativa y más allá de los límites nacionales.

Por un lado, en la Resolución del Consejo de Europa, de 9 de junio de 1997³¹, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, *«se invita a los Estados miembros a que consideren la creación de bases de datos nacionales sobre ADN»*. Asimismo, *«se invita a que estructuren dichas bases con arreglo a las normas comunes y de forma compatible»*, limitándose las posibilidades de intercambio a la parte no portadora de códigos de la molécula del ADN, entendida esta por la parte no codificante del ADN, que es la que no contiene información sobre rasgos hereditarios específicos. Además, *«se insta a los Estados miembros a que estructuren los resultados de los análisis de ADN utilizando preferentemente marcadores de ADN idénticos»*. Enfatizamos el apartado III. relativo a las garantías jurídicas donde ceden a cada Estado miembro la competencia de decidir las condiciones en que podrán almacenarse los resultados de análisis en las bases nacionales, así como sobre qué delitos se almacenará. Y, en cuanto a los derechos del individuo afectado, *«la toma del ADN para el almacenamiento de resultados de análisis del ADN deberá ir acompañada de garantías que protejan la integridad física de la persona de que se trate»*, así como que la legislación nacional se ajuste al Convenio N.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Por otro lado, en la Resolución del Consejo de Europa, de 25 de junio de 2001³², relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, en su primer apartado realiza una serie de definiciones sobre lo que debemos entender por ‘marcador de ADN’ o por ‘resultado de análisis de ADN’, entre otras, y, en su segundo apartado, menciona ciertas indicaciones sobre las técnicas forenses de ADN. Sin embargo, el apartado III, denominado ‘intercambio de resultados de análisis de ADN’, es el que merece mayor atención ya que *«insta a los Estados miembros a que limiten los resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, es*

³¹ Resolución del Consejo de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y0624%2802%29&from=ES>.

³² Resolución del Consejo de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001G0703%2801%29&from=ES>. Esta fue reemplazada por otra Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009.

decir, a las zonas cromosómicas de las que no se tenga constancia que contengan información sobre características hereditarias específicas». Incluso menciona que «no se tiene constancia de que los marcadores de ADN del anexo I contengan información sobre características hereditarias específicas. (...) Se recomienda también a los Estados miembros que estén preparados para borrar los resultados de análisis de ADN, si dichos resultados de análisis de ADN contienen información sobre características hereditarias específicas».

Por último, la Recomendación N.º R (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa³³, de 10 de febrero de 1992, sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal. A través de un listado de doce principios y recomendaciones recoge algunas garantías, tales como, en el punto 3, “utilización de muestras e información derivada de las mismas”, indica que no podrán ser utilizadas para propósitos distintos a la investigación y persecución criminal, a no ser que cuenten con el consentimiento de quien proceden las muestras. Es relevante, también, el punto 4, “toma de muestras para análisis de ADN”, ya que establece que, esta toma solo se llevará a cabo en las circunstancias que la legislación nacional lo determine, permitiendo que algunos estados requieran autorización judicial para ello. Además, en su párrafo segundo, señala que, cuando el Derecho interno admita la toma de muestras sin el consentimiento del sospechoso, solo podrán llevarse a cabo si las circunstancias del caso justifican tal actuación. Finalmente, en su punto 9, “igualdad de armas”, determina que, los Estados deberán garantizar que el análisis de ADN como medio de prueba específico sea igualmente accesible a la defensa, ya sea por decisión de una autoridad judicial o mediante el recurso a un experto independiente. Además, añade que, cuando la cantidad de sustancias disponibles para el análisis sea limitada, deberá velarse por que no se menoscaben los derechos de la defensa.

No olvidar que, la citada ley reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, LO 10/2007, tiene su origen en el Tratado de Prüm firmado

³³ Recomendación N.º R (92) 1 del Comité de ministros del Consejo de Europa, sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e54f7>. En lo referente a este aspecto, ver además la Recomendación R (8) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal.

el 27 de mayo de 2005. No obstante, para entenderlo correctamente debemos retroceder hasta 1998, momento en el Consejo Europeo solicitó un refuerzo de la lucha contra la delincuencia organizada, tras la preocupación provocada por los atentados terroristas del 11-M. Con la pretensión de revisar y adaptar los planes de acción existentes en la lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza y el terrorismo, surge en 2004 el ‘Programa de la Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea’. En este programa se establecen una serie de orientaciones para los años 2005 – 2009, en las que se trata de potenciar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales a través de la aplicación del principio de disponibilidad que permite el intercambio de información inmediata entre fuerzas de seguridad europeas.

En este contexto, el 27 de mayo de 2005 se firma el Tratado de Prüm relativo a la profundización de la cooperación, en particular, en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, ratificado el 18 de julio de 2006.

Mediante la firma de este tratado, España se compromete, junto al resto de los Estados firmantes, a «*crear y mantener ficheros de análisis de ADN con la finalidad de la persecución de los delitos*». De esta forma, establece una obligación directa de crear bases de datos con perfiles de ADN, para hacer posible la consulta automatizada de información de otras bases de datos, en la medida en que sea necesario y proporcionado en la cooperación transfronteriza. Por supuesto, todo esto debe darse dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes.³⁴ De lo contrario, supondría una violación de los mismos, con sus correspondientes consecuencias, como la nulidad de tal información.

Cabe decir que consiste en un Tratado materializado entre Estados pertenecientes a la UE, pero al margen de la misma. En todo caso, el Derecho de la UE, está presente a lo largo del Tratado y derivará en la Decisión 2008/615/JAI, que tiene por objeto el intercambio de datos de ADN, de datos dactiloscópicos y de datos de los registros de matriculación de vehículos. Esta Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre profundización de la cooperación transfronteriza, en particular, en materia de lucha contra

³⁴ Cfr. FIGUEROA NAVARRO, C., “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN” en *La Ley Penal*, N.º 54, 2008, págs. 1 a 3.

el terrorismo y la delincuencia transfronteriza es una disposición normativa que incorpora al ordenamiento jurídico de la UE las principales disposiciones del Tratado de Prüm³⁵.

En definitiva, la ya reiteradamente mencionada LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, es fruto del cumplimiento de esta obligación internacional que deriva del Tratado de Prüm, así como de las iniciativas internacionales previamente mencionadas.

Entre las grandes carencias de la base de datos policial española creada mediante la LOBDADN en relación con la investigación criminal, cabe destacar que la inscripción en la misma de los patrones identificativos extraídos a partir del ADN solo se prevé para el “sospechoso, detenido o imputado” (ex art. 3). De esta manera, pues, el registro del perfil genético del condenado penalmente quedaría, incomprensiblemente, fuera de su ámbito.³⁶ Esto derivó en que, unos años más tarde, en 2015, la Ley Orgánica 13/2015, de 30 de marzo, modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, e introdujo el artículo 129 bis CP.

Este precepto establece la toma de muestras biológicas, la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN y la inscripción de los mismos en la base de datos policial, si bien, en las condiciones que prevé el propio artículo 129 bis, para los condenados por la comisión de un delito grave.

En este mismo año 2015, se produjo otra reforma, la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, mediante la cual se persigue el fortalecimiento de los derechos procesales, tal y como exige el Derecho de la UE, y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución. A causa de esta reforma, se modificaron los artículos 118, 509, 520, 520 ter y 527 de la LECrim, dada su incidencia sobre los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18 y 24 de nuestra

³⁵ De acuerdo con ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “La prueba de ADN en el futuro proceso penal español”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 289 a 318.

³⁶ Como afirma LIBANO BERISTAIN, A., “Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 38, 2016.

Constitución Española, en especial, el derecho de defensa y asistencia de letrado y el derecho al secreto de las comunicaciones³⁷. En concreto, es el art. 520.6 el que alude al tema que nos ocupa.

En pocas palabras, la historia de la prueba de ADN se basa en las modificaciones, la incertidumbre y la controversia. Desde las primeras intervenciones del ADN en el proceso penal se ha percibido la trascendencia que tiene su análisis, gracias a su capacidad de aportar pruebas concluyentes que conducen la búsqueda de la verdad. Además, los distintos avances científicos y legislativos, han fortalecido el uso de esta prueba, si bien, no obsta ello que sea necesario seguir actualizando y completando todo lo referente a la misma.

2.2 REGULACIÓN ACTUAL DEL ADN EN ESPAÑA

Una vez conocemos la trayectoria de la prueba de ADN en España, podemos delimitar cuál es la regulación actual de la cual nos servimos. Como hemos podido comprobar, solo se ha previsto de una escasa y fraccionada regulación que deviene insuficiente, ya que mantiene aún conceptos jurídicos indeterminados y lagunas jurídicas a las que ya deberían haberse dado cobertura legal, para dejar de otorgarle a la jurisprudencia y doctrina la labor de resolver las problemáticas suscitadas en torno a las cuestiones relacionadas con la práctica de ADN.

Como punto de partida tomaremos la Constitución Española de 1978, por ser la norma suprema del ordenamiento jurídico español. Nuestra Constitución asienta un conjunto de derechos fundamentales que gozan del máximo nivel de protección. Estos se encuentran en el Título I, “*De los derechos y deberes fundamentales*”, propiamente, los artículos del 14 al 29. Entre ellos, destacamos los que pueden verse afectados a consecuencia de la prueba de ADN, estos son los artículos 15, 17.3, 18.1 y 24.2, es decir, el derecho a la integridad física, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, a la intimidad y el derecho de defensa, respectivamente.

La regulación de la práctica de esta prueba tiene que ser respetuosa con estos derechos constitucionales y tratar de evitar y cubrir la eventual colisión entre ambos, ya que la

³⁷ Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Constitución impone un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías, las cuales pueden chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos.³⁸ Es decir, los medios y resultados científicos pueden incidir en ámbitos propios de los derechos fundamentales de cada individuo, por lo que habrá que estar al caso para determinar qué y cómo prevalecerá.

Sin embargo, es en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) donde encontramos preceptos dedicados específicamente a la utilización de técnicas de análisis de ADN. Fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la que supuso la modificación de los artículos 326 y 363 de la LECrim al introducir dos nuevos párrafos en los que se aborda parte de esta materia.

La situación previa a esta reforma consistía en acudir a los preceptos genéricos de la LECrim recogidos bajo el título V de libro II de la misma, bajo la rúbrica “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”, en particular a los establecido en los arts. 358 y 363.1 de la misma. Solamente, en base al art. 778.3 de dicha Ley Procesal Penal, en el que se hace referencia a la obtención de muestras o vestigios en el procedimiento abreviado, podía considerarse que había una mención expresa al respecto, al señalar dicho precepto que el Juez podía acordar, cuando lo considerase necesario, que por el médico forense u otro perito se procediera a la obtención de muestras o de vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación de los hechos.³⁹ Por tanto, la incorporación de estos nuevos párrafos supuso un mínimo de cobertura legal expresa, a excepción de lo mencionado.

El propio recorrido de la prueba de ADN permite ejemplificar como, ya antes de la modificación de este art. 326 de la LECrim en el año 2003, los órganos jurisdiccionales admitían las pericias sobre muestras de ADN. Los medios probatorios de nuestra ley

³⁸ Como señala RAMALLO MACHÍN, A. C., “ADN: aproximación a los alcances y límites de la prueba”, en *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, Vol. 22, 2018, págs. 249 a 273.

³⁹ Según SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 171 a 221.

procesal penal no son un *numerus clausus*, admitiéndose cualquier medio lícito y pertinente⁴⁰, por lo que, previamente, a su previsión legislativa, tuvieron cabida.

Por un lado, se introdujo, mediante la citada ley, el párrafo 3º del art. 326 de la LECrim, en el que se establecía que, 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. A su vez, este artículo 282 establece que la Policía Judicial tiene por obligación, entre otras tareas dirigidas a la averiguación de los delitos, *“recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.”*

Dicho artículo autoriza la toma de muestras biológicas respecto de las «huellas o vestigios» que pueda haber dejado el delito que se investiga. También autoriza, aun cuando no se mencione expresamente, la toma de huellas o vestigios biológicos de la persona fallecida. La toma puede ser adoptada por el Juez o, como es más frecuente, por la Policía Judicial o el Médico forense.⁴¹ De este modo, el precepto da cabida a la toma de muestras dubitadas encontradas en el lugar de los hechos, ampliando la legitimación más allá del Juez, que ya no solo será este el competente para la recogida de estas muestras. Es decir, ya no será preceptiva la presencia del juez, si no que basta con que ordene la recogida. Esto será así salvo en casos de urgencia, en los que la espera podría conllevar riesgo de desaparición o contaminación de los vestigios biológicos, de modo que la Policía Judicial procederá a la recogida de los vestigios e informará inmediatamente después a la autoridad judicial.

Por otro lado, el párrafo 2º del art. 363 LECrim, determina que, siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables

⁴⁰ Afirma ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La prueba pericial de ADN”, en PICÓ I JUNOY, J., (Director), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona, 2017, págs. 455 a 463.

⁴¹ Véase ABEL LLUCH, X., “Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculcados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial* (1ª edición), Madrid, 2011, págs. 113 a 143.

para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Este precepto sugiere diversas manifestaciones. En primer lugar, este precepto no configura un concepto ni realiza una explicación de lo que debe entenderse por ADN, por lo que su regulación deja, pues, un campo abierto y nos remite a los aspectos biológicos y científicos que están presentes en su constitución, otorgando por ello, una categoría superior al campo estrictamente científico respecto del aspecto jurídico procesal, donde tan sólo establece límites para su aplicación⁴².

En segundo lugar, este precepto regula por primera vez en nuestro ordenamiento la práctica de inspecciones, registros e intervenciones corporales como diligencias de investigación penal tendentes a la obtención de muestras biológicas indubitadas del sospechoso para la determinación de su perfil de ADN⁴³. Esto da lugar a problemas interpretativos dado que el precepto incluye indistintamente los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal sin clarificar con qué prácticas se corresponde cada uno y cuál es el idóneo para según qué caso. Es decir, los incluye como figuras parejas, cuando, en realidad, no lo son.

En tercer lugar, entendemos con este precepto que deja en manos del órgano jurisdiccional la posibilidad de proceder a su análisis, pues entiende el legislador que únicamente será posible su realización cuando se considere absolutamente indispensable para la investigación judicial a la hora de administrar justicia⁴⁴.

En cuarto lugar, se configura como la expresa previsión que autoriza al juez a acordar las intervenciones corporales en los casos en los que el procesado no haya dado su autorización a la recogida de muestras biológicas, y podrá, además, ordenar su cotejo con las muestras que se hubieran recogido durante la inspección ocular. Pero la habilitación

⁴² De acuerdo con LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen en su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, N.º 8190, 2013.

⁴³ Desde el punto de vista de MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, en *La Ley Penal*, N.º 46, 2008, págs. 42 a 73.

⁴⁴ Así lo expresa LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen en su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, N.º 8190, 2013.

legal no supone una patente de corso para la libre y arbitraria realización de pruebas de ADN o la adopción de recogida de muestras de modo coactivo, es preciso que concurren los requisitos enumerados por el art. 363⁴⁵. Esto es, se encuentra limitado a una resolución motivada y a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por último, en cuanto a la determinación del sujeto, este precepto únicamente se refiere al sospechoso como sujeto pasivo y omite otras figuras como la del investigado y el detenido.

Asimismo, la Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre, en su disposición final 1.4, introdujo también la Disposición Adicional 3ª en la LECrim. Esta disposición habilita al Gobierno para que regule, a través de real decreto, la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, a la que se atribuye la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución criminal y la identificación de cadáveres, así como el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos; la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre obtención, conservación y análisis de las muestras; y la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de medidas que garanticen la confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos obtenidos, todo ello de conformidad con lo que establezcan las leyes.

Para terminar con la LECrim, señalar el artículo 520.6 c). La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LEY 15163/2015), a pesar de no haber tenido como objeto de revisión las medidas de investigación que recaen sobre el cuerpo humano – inspecciones e intervenciones corporales – y que pueden afectar a derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad personal, ha añadido en el art. 520.6.c LECrim, la posibilidad de emplear medidas coactivas para obtener muestras biológicas del detenido sobre las que practicar los análisis de ADN, cuando el detenido se opone a la recogida de tales muestras, y se cuenta con la autorización judicial.⁴⁶ Este

⁴⁵ Citando a FRÍAS MARTÍNEZ, E., “ADN y privacidad en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, N.º 8160, 2013.

⁴⁶ Véase ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 128, 2017.

punto 6.c. informa que la asistencia del abogado consistirá, entre otras, en informar al detenido de las consecuencias de consentir o no la práctica de las diligencias que le sean solicitadas. De modo que, por un lado, regula la asistencia letrada al detenido en el momento de prestar su consentimiento a la práctica de las diligencias que se pidan, y, por otro lado, se refiere a un supuesto de toma de muestras de ADN en el que media recurso a la coacción.

A pesar de la reforma de 2003, donde se dio cierto soporte legal al ADN en el proceso penal, esta misma no contempló otros aspectos importantes. Además de los ya mencionados previamente, otro de los problemas que deja sin resolver es la posibilidad de crear una base de datos en la que, de manera centralizada e integral, se almacenase el conjunto de los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que pudiesen ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos.⁴⁷ Es por esto que, en cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones ya vistas de la Unión Europea y como complemento de la LECrim, se aprueba la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos Policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

Esta LO 10/2007 se ocupa de la regulación de forma completa sobre la obtención, tratamiento, cesión y cancelación de los perfiles de ADN obtenidos. Además, introduce novedades importantes con respecto del artículo 363 de la LECrim. En virtud del artículo 3.1. a) posibilita la toma de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado – a diferencia del art. 363 LECrim que solo menciona al sospechoso – cuando se trate de delitos graves que el mismo precepto enuncia, y añade en su disposición adicional tercera que *“la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado”*.

Volviendo a la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, en desarrollo de lo establecido en la LECrim y, como consecuencia de la exigencia prevista en la LO 10/2007, de 8 de octubre, que, en su artículo 5, encomienda a la Comisión la función específica de acreditación de todos aquellos laboratorios que realicen análisis de ADN y

⁴⁷ Tal y como dice SÁNCHEZ MELGAR, J., “La prueba de ADN: pronunciamientos de la jurisprudencia”, en *Diario La Ley*, N.º 7720, 2011.

aporten perfiles genéticos a la base de datos⁴⁸, esta se materializa a través del 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.

Encontramos, también en el Código Penal, un precepto que es de aplicación, el artículo 129 bis. Sin embargo, la propia integración del art. 129 bis en el marco del Código Penal resulta absolutamente criticable, pues su lugar natural y coherente con su naturaleza jurídica y su régimen aplicativo era la mencionada LOBDADN⁴⁹. Este mismo incorpora la toma de muestras biológicas indubitadas, el análisis de estas y la inclusión de los perfiles genéticos obtenidos en la base de datos policial, si bien, limitando los análisis únicamente a aquellos necesarios para obtener los identificadores que proporcionen exclusivamente información genética que revele la identidad de la persona y su sexo. Mencionar también que, en su párrafo 2º, recoge el supuesto de la negativa a la toma de muestras y la eventual ejecución forzosa a la misma.

Finalmente, en cuanto al aseguramiento de las pruebas, si bien la legislación procesal penal contiene algunas previsiones sobre esta materia, aún son insuficientes para garantizar formalmente la «cadena de custodia»⁵⁰. Por ello, en el capítulo cuarto del presente trabajo, retomaremos de nuevo la forma en que se prevé y los preceptos que le son de aplicación.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Bien es sabido que, un Estado social y democrático de derecho, como lo es España, se asienta en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos sus ciudadanos⁵¹, lo que se traduce en la imposibilidad de otorgar eficacia a todo aquello que se haya obtenido mediante la infracción, limitación o vulneración de tales derechos y garantías⁵². A pesar de esto, no podemos olvidar que, el fin último del proceso penal, es

⁴⁸ Texto original del 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.

⁴⁹ Siguiendo a LIBANO BERISTAIN, A., “Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 38, 2016.

⁵⁰ Como expresa FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 84, 2011.

⁵¹ Siguiendo a ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales (1)”, en *Diario La Ley*, N.º 8283, 2014.

⁵² Véase RAMOS RUBIO, C., “La prueba ilícita y su reflejo en la Jurisprudencia”, en *Manuales de formación continuada*, N.º 12, 2000, págs. 15 a 74.

la protección de las víctimas, por ello, y como consecuencia precisamente en un salto cualitativo del estado de nuestra civilización para evitar los errores de la venganza privada⁵³, el ejercicio del *ius puniendi*, correspondiente al Estado, debe también ser protegido.

Es evidente que, la práctica de la prueba de ADN incide, de forma significativa, en los derechos fundamentales de la persona, tanto en los sustantivos, como en los de carácter meramente procesal, lógicamente, en diferente medida cada uno de ellos.

Sin embargo, merece especial atención saber que los avances en la *lex artis*⁵⁴ han hecho que la diligencia de extracción de ADN afecte de forma mucho más leve⁵⁵ a algunos de los derechos fundamentales afectados por esta práctica, como son la libertad personal y la integridad física.

Del mismo modo, es también importante resaltar que el logro de una fiabilidad del 100% de la prueba resultante se ha tenido que limitar. Esto es debido a que, en aplicación de todos los avances alcanzados, y que se pueden alcanzar, en el ámbito científico y tecnológico, podría conducirse, desde un punto de vista jurídico, a la obtención de una prueba ilícita. En consecuencia, la cuestión primordial radica en buscar el equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales afectados y otras garantías esencialmente legalmente previstas, de un lado, y la identificación del sujeto, de otro⁵⁶. Solo de esta forma se podrá asegurar un sistema jurídico justo y equitativo.

Por tanto, el mundo jurídico no puede intentar alcanzar la verdad a cualquier precio, teniendo, sin ir más lejos, una serie de limitaciones “formales”, entre las que destacan la prohibición de utilizar las fuentes de prueba obtenidas con violación de los derechos

⁵³ Tal y como expresa DOLZ LAGO, M. J., “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*, N.º 7774, 2012.

⁵⁴ La *lex artis* es el criterio que emplea el Derecho para determinar la corrección de la práctica médica y, por analogía, de otras profesiones o actividades. Se trata, por tanto, de un factor decisivo para concretar el alcance de los deberes, responsabilidades y derechos de los profesionales y los usuarios, tal y como expone, SEOANE, J. A., “Lex Artis”, en *Anuario de filosofía del derecho*, N.º 38, 2022, págs. 275 a 300.

⁵⁵ Como manifiesta ARMENTEROS LEÓN, M., “Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 3, 2007, págs. 1882 a 1896.

⁵⁶ Conforme a CABEZUDO BAJO, M. J., “Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España”, en PÉREZ GIL, J., (Coordinador), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Madrid, 2012, págs. 381 a 408.

fundamentales, tal y como establece el art. 11.1 LOPJ⁵⁷. Por ello, estos derechos fundamentales destacan por gozar de una protección reforzada, en virtud del artículo 53.2 CE, que establece que, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo – ubicación de los derechos fundamentales – ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional. De esta forma, se busca proteger la dignidad humana y el ejercicio de las libertades individuales y, evitar procesos abusivos e irrespetuosos.

No obstante, podría parecer que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado quedase en segundo plano, lo cual no es correcto, ya que, que la naturaleza de estos derechos lo sea de “fundamentales” no equivale a que sean “absolutos” y, en consecuencia, ilimitados⁵⁸.

Si bien, debe dejarse claro que, a la hora de incidir sobre derechos fundamentales, existen límites infranqueables, derechos que sí se hallan configurados con carácter absoluto y cuya incolumidad es de todo punto incuestionable. Hablamos, claro está, del derecho a la dignidad de la persona, el derecho a no sufrir tratos inhumanos ni degradantes y el derecho a la salud. Todos ellos se encuentran interrelacionados y en ningún caso pueden ser vulnerados o sufrir menoscabo⁵⁹. Por lo que este conjunto de derechos exige una preservación constante e incuestionable.

Para poder entender la situación de enfrentamiento en la que nos encontramos, debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, bastante copiosa en cuanto a lo que nos referimos. Acudimos a la STC 37/1989, de 15 de febrero⁶⁰, la cual, en su Fundamento Jurídico núm. 7, en relación con el derecho a la intimidad personal – aunque también es aplicable al derecho a la integridad física –, determina que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y, en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la

⁵⁷ De acuerdo con RAMALLO MACHÍN, A. C., “ADN: aproximación a los alcances y límites de la prueba”, en Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña, Vol. 22, 2018, págs. 249 a 273.

⁵⁸ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 226 págs.

⁵⁹ Véase ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Valencia, 2018, 748 págs.

⁶⁰ STC 37/1989, de 15 de febrero. BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1989-4935.

Constitución, al enunciarlo, no lo haya establecido de modo expreso, como sí lo hace con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. Es decir, el sacrificio de este derecho puede justificarse en asegurar la defensa del interés público, que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*.

La limitación de los derechos será diferente, en cada una de las etapas de la prueba de ADN, dependiendo de si el análisis se realiza respecto a una persona conocida (muestra indubitada) o respecto a un material dejado por un desconocido (muestra dubitada)⁶¹, por lo que, a continuación, se desarrollan los distintos derechos fundamentales afectados por la práctica de ADN y el grado de afectación de estos.

Con anterioridad a su análisis, es indispensable hacer hincapié en que, el sacrificio de tales derechos fundamentales, es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable, lo cual ya hemos expuesto, levemente, en el capítulo 1.1 del presente trabajo, al introducir la STC 207/1996, de 16 de diciembre. Por ende, a partir de esta sentencia, se consolida en nuestro ordenamiento constitucional que, toda limitación de un derecho con carácter fundamental, deberá respetar los siguientes condicionantes: sólo se podrá prever por ley orgánica (reserva de ley), sólo podrá emprenderse en defensa de bienes o derechos constitucionales; debe ser susceptible de alcanzar el fin perseguido (principio de idoneidad); debe comprobarse que no existe otra medida menos invasiva para alcanzar el fin propuesto (principio de necesidad); debe verificarse que la medida limitadora es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios para otros bienes en conflicto (principio de proporcionalidad en sentido estricto); las medidas limitadoras sólo se adoptarán por la autoridad judicial (principio de reserva jurisdiccional); y para ello se requerirá resolución debidamente motivada (auto), que plasme el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente perseguido y protegido, que demuestre la necesidad de la medida. Además, la decisión judicial deberá ser respetuosa de la dignidad de la persona y no puede constituir trato degradante alguno. Dicha decisión revestirá forma de auto motivado, con fundamento en una razonable apreciación de que la situación en que se halle el sujeto afectado requiera la práctica de dicha diligencia de investigación

⁶¹ Según SOLETO MUÑOZ, H., “Afectación de derechos en las fases de la prueba de ADN”, en JIMENO BULES, M. y PÉREZ GIL, J., (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona, 2016, págs. 977 a 966.

en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso⁶². En cualquier caso, deben asegurarse estas exigencias mínimas si se somete a cierto sacrificio un derecho fundamental, sin que se produzca una vulneración de este.

3.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 24.2 de nuestra Constitución recoge, de forma expresa, la presunción de inocencia, también recogida en el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que nos viene a decir que, toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Se trata de una presunción *iuris tantum*, que es un pilar fundamental para garantizar la justicia y proteger los derechos individuales en el proceso penal español. Podría considerarse como la piedra angular de todo el proceso que debe ser respetada sin excepción. Para poder desvirtuar esta presunción de inocencia es necesario un elemento probatorio de cargo válido capaz de enervarla.

En consecuencia, se ha desarrollado una actividad probatoria con arreglo a las previsiones constitucionales y legales que debe ser suficiente para desvirtuar esta presunción inicial en cuanto permita al tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que, con base en la misma, pueda declararlos probados⁶³. Como resultado, cuando exista una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo referida a todos los elementos esenciales de delito y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen⁶⁴, podrá enervarse esta presunción de inocencia y dictarse una sentencia condenatoria.

Recordemos el carácter ambivalente de la prueba de ADN, pues esta contribuye en la acreditación, bien de la culpabilidad, como sucedería si acontece la situación previamente

⁶² Como explica ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La protección del derecho a la intimidad en la toma de muestras de ADN a fines de investigación penal”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, N.º 1, 2017, págs. 48 a 62. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13253>.

⁶³ DE AGUILAR GUALDA, S., *La prueba en el proceso penal: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, 2017, 126 págs.

⁶⁴ Siguiendo a FIGUEROA NAVARRO, M. C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 84, 2011, la cual aplica diferentes sentencias, entre otras, STC 31/1981, de 28 de julio; 222/2001, de 5 de noviembre; 219/2002, de 25 de noviembre; 56/2003, de 24 de marzo; 137/2007, de 4 de junio; 111/2008, de 22 de septiembre; y 109/2009, de 11 de mayo; 52/2010 de 4 de octubre.

explicada, o, de la inocencia, de quien soporta esta misma prueba. El análisis de ADN puede servir a ambos efectos, no está dirigida solo a culpar, si no, a la búsqueda de la verdad.

Además, la prueba de ADN ha de ser valorada siempre en conjunción con el resto de los indicios y pruebas confluente en la causa en concreto⁶⁵, en ningún caso, la prueba de ADN puede ser considerada de forma aislada para acreditar por sí sola la culpabilidad, tema que desarrollaremos más en profundidad posteriormente.

Por tanto, la práctica de la prueba conforme a las garantías constitucionales y legales, junto con los principios básicos de la LECrim, acompañado del propio carácter ambivalente de la prueba, excluye la vulneración de la presunción de inocencia.

3.2 DERECHO DE DEFENSA: DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

En correlación con la presunción de inocencia, encontramos el derecho de defensa, también regulado en el artículo 24.2 de la Constitución, que establece, entre otros, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Además, el art. 17.3 de la Constitución expresa que, toda persona detenida, debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar.

Ambos preceptos constitucionales albergan en conjunto un complejo sistema de garantías a favor de la persona investigada, como no podía ser de otra manera en un Estado democrático de Derecho. El objetivo último de todas estas garantías es dispensar al/ a la justiciable una tutela judicial efectiva, asegurar en todo momento del proceso la presunción de inocencia y el derecho de defensa de forma eficaz, amén de conseguir que, en caso de que finalmente la persona en cuestión resulte condenada, lo sea a través de un juicio justo⁶⁶. Son derechos inherentes al investigado, que deben ser garantizados y respetados por todos los intervinientes en el proceso penal.

⁶⁵ Tal y como manifiesta CARRACEDO ÁLVAREZ, A., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 339 a 366.

⁶⁶ Vid. ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Valencia, 2018, 748 págs.

Si bien, los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pueden abordarse desde diferentes perspectivas. Estas son: el debate de si la prueba de ADN es limitativa de los derechos recién mencionados; la cuestión de si es preceptiva la presencia de letrado en caso de contar con el consentimiento del sujeto pasivo; en caso de no consentimiento surge el interrogante de si el órgano judicial podría valorar la negativa; y, por último, también en caso de negativa, si se podría recurrir al uso de la fuerza o no.

En cuanto a la primera cuestión planteada, si el derecho a no declarar contra sí mismo puede verse violado por el sometimiento a la prueba de ADN, debemos entender que, la persona examinada no es el sujeto de la investigación, si no el objeto de la misma, en cuanto que no se le obliga a exteriorizar una declaración de voluntad autoinculpatoria, a realizar un acto procesal sobre su culpabilidad, sino antes bien, a soportar la obtención de fuentes de prueba de su cuerpo, cuyos resultados pueden ser tanto inculpatorios como exculpatorios⁶⁷. De esta forma, no puede entenderse autoinculpación en el sentido que figura en ambos preceptos.

Esta idea es, además, apoyada por el núm. 29 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁸, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la cual reconoce que, el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo, no debe impedir a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN.

En opinión de Álvarez Buján⁶⁹, los argumentos anteriores se consideran esenciales, puesto que, basarnos en el hecho de que tales derechos no son vulnerados porque

⁶⁷ Siguiendo a ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal* (1ª edición), Navarra, 2010, 240 págs.

⁶⁸ Número 29 de la Directiva (UE) 1026/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 marzo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80440>.

⁶⁹ Como opina ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., págs. 142 y 143.

someterse a una prueba de ADN (o incluso a otro tipo de medida de intervención corporal) no implica realizar una conducta activa por parte del sujeto encausado, sino que solamente requiere una especie de “dejarse hacer”, es decir, una conducta pasiva, resulta insuficiente.

Comúnmente, para abordar esta cuestión, se equipara la prueba de ADN a la diligencia de alcoholemia, sobre la cual la jurisprudencia del TC ha reiterado, como, por ejemplo, en su sentencia 103/1985⁷⁰, de 4 de octubre, que, el deber de someterse al control de alcoholemia no puede reputarse contrario al derecho a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al conductor a emitir una declaración que exteriorice un contenido de voluntad o de conocimiento, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración que nunca podrá equipararse a la declaración mencionada en la Constitución.

En suma, se considera que esta práctica no constituye una declaración, puesto que no se basa en exteriorizar la participación en el delito ni la revelación de la comisión del mismo, simplemente se trata de permitir la realización de una prueba más, que confirmará o desmentirá la relación del sujeto con el delito y la víctima, por lo que tampoco supone vulneración alguna de los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

A continuación, procedemos a abordar la tercera de las cuestiones planteadas, es decir, si puede darse por parte del órgano judicial la valoración de no consentir el sometimiento a la prueba de ADN, puesto que, la necesidad de asistencia letrada y al uso o no de la coacción física lo afrontaremos en el siguiente capítulo del presente trabajo.

En primer lugar, partimos del principio de libre valoración de la prueba del órgano judicial que sentencia, consagrado en el art. 741 de la LECrim. De acuerdo con esto, el Juez podrá determinar libremente las pruebas e indicios que considere relevantes a favor o en contra de la culpabilidad del imputado; siempre, obviamente, con criterios de lógica y razonabilidad. Por lo tanto, habrá quienes apoyen la valoración de la negativa del imputado y quienes, por el contrario, opten por no hacerlo.

⁷⁰ STC 103/1985, de 4 de octubre, «BOE» núm. 265, de 5 de noviembre de 1985. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1985-22877>.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, mayoritariamente, defienden la posibilidad de valorar la negativa del imputado, pero siempre con cautela y, desde luego, nunca como prueba de cargo única para desvirtuar la presunción de inocencia. En caso de que existan otras pruebas e indicios relevantes respecto de la culpabilidad del imputado, su negativa a someterse a la diligencia puede valorarse en su contra, como un elemento negativo más⁷¹. En sí misma no es una *ficta confessio*, es decir, nunca podría considerarse la base de una condena, pero no hay duda de la posibilidad de valorarla de forma perjudicial.

Podemos apreciar esto mismo, sirviéndonos de la STS 151/2010⁷², de 22 de febrero. En su Fundamento Jurídico núm. 3 d), expone que, en el ámbito penal, la STS 1697/1994, de 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 107/2003⁷³, 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 inculpatorio o totalmente exculpatorio, *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. En el ámbito comunitario destaca el *Caso Murray*, STEDH de 8 de febrero de 1996, que también señala que, cuando la negativa del acusado carece de justificación, nada impide que se puedan extraer consecuencias negativas y tener en cuenta su actitud.

Por lo que podemos concluir que, la jurisprudencia se muestra, en todo caso, prácticamente unánime en su criterio. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han admitido que se pueda utilizar dicha negativa como un indicio en contra, ya que, el no sometimiento a la prueba pericial, no está amparado por el derecho a no declarar contra sí mismo, que hace referencia a declaraciones de contenido directamente incriminador, por lo que, el ejercicio de su libertad en el proceso penal, puede dar lugar a determinadas consecuencias, que, evidentemente, tendrán que ser refrendadas por otras

⁷¹ De acuerdo con ARMENTEROS LEÓN, M., "Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 3, 2007, págs. 1882 a 1896.

⁷² STS 151/2010, de 22 de febrero de 2010, Rec. 2005/2009. Ponente: Manuel Marchena Gómez.

⁷³ STS 107/2003, 4 de febrero. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

pruebas complementarias o adicionales. Además, parece claro que la negativa a someterse a una diligencia con todas las garantías y unos resultados fiables es un indicio revelador de su responsabilidad criminal, ya que de la prueba puede también salir exculpado⁷⁴. Es lógico estimar lo dicho basándonos en la idea de que, si alguien acusado afirma ser inocente, si realmente tuviera acceso a pruebas que pudieran demostrar su inocencia de manera irrefutable, no tendría motivo para negarse a utilizar las mismas, de modo que la negativa a someterse a dichas pruebas podría sugerir que hay algo que tiene que ocultar.

3.3 DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad está contemplado en el art. 18.1 de la Constitución, en el que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además, se proclama en diferentes instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas...

Como hemos introducido previamente, este derecho no alberga carácter absoluto, si no que puede ceder ante la necesidad de llevar a cabo una investigación penal. Sin embargo, la Constitución ha articulado el cauce adecuado para efectuar una restricción del derecho a la intimidad en relación a ciertas diligencias, pero no lo ha hecho del mismo modo en lo que atañe a la posibilidad de limitar el derecho a la intimidad personal⁷⁵. Esto mismo se dictamina en la ya mencionada STS 37/1989, de 15 de febrero, que, además, expone, en su Fundamento Jurídico núm. 7, que, tal afectación del ámbito de la intimidad es *posible solo por decisión judicial* que habrá de prever que su ejecución sea *respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva*, atendidas las circunstancias del caso, de *trato degradante* alguno.

De esta apreciación derivan dos ideas. Por un lado, este derecho a la intimidad está íntimamente ligado con el derecho a la dignidad, consagrado en el artículo 10.1 de la CE. Y, por otro lado, se posibilita la restricción proporcional del derecho a la intimidad, en aras de efectuar una prueba de ADN, cuando sea imprescindible. Esto tiene cierta cabida en el artículo 326 de la LECrim, complementado por el 520.6 c) de la misma Ley, así

⁷⁴ Véase ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada (I). La coactividad en la toma de muestras”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 102, 2013.

⁷⁵ De acuerdo con ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pág. 131.

como, se puede extrapolar el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece que, no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Empero, es esencial delimitar el derecho a la intimidad, puesto que este puede bifurcarse en derecho a la intimidad corporal y derecho a la intimidad personal. La ya nombrada STC 207/1996, de 16 de diciembre, en su Fundamento Jurídico núm. 3, reconoció el derecho a la intimidad desde una perspectiva más amplia, ya que manifiesta que, el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Especifica que, según doctrina reiterada del propio Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo.

Por otro lado, en esta misma sentencia, se introduce parte expresada en la STC 37/1989⁷⁶, de 15 de febrero, concretamente en el Fundamento Jurídico núm. 7, la cual expone que, si bien la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E., el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona.

Por tanto, tras las consideraciones aportadas por el Alto Tribunal, podemos distinguir entre el derecho a la intimidad personal y a la intimidad corporal según el ámbito de afectación, diferenciándose así entre el quebranto que la intimidad puede sufrir *al realizarse* una intervención corporal cuando la obtención de la muestra se produzca en

⁷⁶ STC 37/1989, de 15 de febrero. BOE núm. 52, de 02 de marzo de 1989. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1243>.

las zonas íntimas del cuerpo – intimidad corporal –, y el que se produce por la *información* que pudiere proporcionar el análisis genético de la muestra corporal – intimidad personal –⁷⁷. De esta forma, siempre que exista la posibilidad de obtener la misma información a través de otras medidas menos lesivas, respecto al derecho a la intimidad, habrá que acudir a estas.

En definitiva, en aplicación de la jurisprudencia comentada, la obtención de una muestra indubitada de ADN provocará mínimamente afección alguna del derecho a la intimidad corporal, dado que supone una escasa o nula injerencia física por las propias características de la práctica, por ejemplo, si se realiza un frotis bucal o una extracción capilar.

A diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad corporal, respecto al derecho a la intimidad personal, como indica la STC 25/2005⁷⁸, de 14 de febrero, en el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este derecho puede producirse *no ya por el hecho en sí de la intervención*, sino por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede *obtener una información que el sujeto no quiera desvelar*, lo que puede suponer una *intromisión añadida* en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

Por tanto, el derecho a la intimidad personal podría quedar afectado si a partir de los análisis practicados sobre esas muestras se obtuviera una información irrelevante para el proceso penal y que el sospechoso no quisiera desvelar; pero en la medida en que los análisis se limiten a obtener el perfil de ADN no codificante⁷⁹, «*donde no aparecen enfermedades ni otros datos sensibles para el individuo, teniendo una mera finalidad identificativa del sospechoso*»⁸⁰, tal análisis no afectará a la intimidad⁸¹. Lo que nos viene a decir el Tribunal Constitucional, no solo en la recién citada sentencia, si no en

⁷⁷ De acuerdo con ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La protección del derecho a la intimidad en la toma de muestras de ADN a fines de investigación penal”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, N.º 1, 2017, págs. 48 a 62. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13253>.

⁷⁸ STC 25/2005, 14 de febrero de 2005. «BOE» núm. 69, de 22 de marzo de 2005. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2005-4657.

⁷⁹ Concepto que se desarrollará en el capítulo cuatro del presente trabajo.

⁸⁰ STC 199/2013, de 5 de diciembre. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2014. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-216.

⁸¹ Véase ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 128, 2017.

numerosas sentencias, significa que no se da una correlación directa entre la vulneración del derecho a la intimidad corporal y el derecho a la intimidad personal, puesto que, aunque no se dé vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal, puede darse vulneración del derecho a la intimidad personal por la información que se ha obtenido, de carácter altamente sensible.

Todo ello se relaciona con una nueva clasificación que puede hacerse del derecho a la intimidad, esto es, el derecho a la intimidad genética o autodeterminación informativa. Este puede ser definido como el derecho de excluir del conocimiento ajeno los datos que puedan obtenerse a partir del material genético del individuo⁸². Su ámbito de aplicación correspondía exclusivamente a la esfera de los datos «íntimos», es decir, a la información confidencial que el sujeto quiere ocultar a la curiosidad ajena⁸³. Por lo que, cada individuo decide qué aspectos de su vida privada revelar en la forma y tiempo que considere.

Dado que la mayoría de las constituciones, actas y convenciones reconociendo derechos en los países desarrollados del mundo son anteriores al desarrollo tecnológico que ha permitido la investigación con perfiles de ADN, no suelen recoger manifestaciones expresas de derechos que han venido a llamarse «de última generación», como el derecho a la autodeterminación informativa. Por ello, han sido otras normas menores, la doctrina, y, sobre todo, la jurisprudencia nacional y de tribunales internacionales, concretamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las vías de descripción de estos derechos⁸⁴. Por lo tanto, a pesar de que ni la Constitución Española ni las restantes normas concordantes se refieren expresamente al derecho a la intimidad genética, el mismo debe ser configurado con base en los principios generales del ordenamiento, por cuanto es, precisamente, una manifestación del derecho a la intimidad y del derecho a la dignidad, ambos derechos consagrados respectivamente en los artículos 18 y 10 de nuestra Constitución⁸⁵.

⁸² Como define CARUSO FONTÁN, M. V., “Base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética”, en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 15, N.º 1, 2012, págs. 135 a 167.

⁸³ De nuevo CARUSO FONTÁN, M. V., “Base de datos policiales sobre identificadores...” *op. cit.* pág. 137.

⁸⁴ Según SOLETO MUÑOZ, H., “Afectación de derechos en las fases de la prueba de ADN”, *op. cit.* pág. 979.

⁸⁵ Tal y como expone ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, *op. cit.*, pág. 145. Además, resulta interesante detenerse en el ordenamiento jurídico portugués con respecto al derecho a la integridad física. Para ello, esta misma autora expone que se consagra este mismo derecho en el art. 25 de la *Constituição da Republica Portuguesa* (CRP), que preconiza en su apartado primero que “la

Por otro lado, la propia Exposición de Motivos de la LO 10/2007, de 8 de octubre, se refiere a este derecho al manifestar que, la regulación que desarrolla, contiene una salvaguarda muy especial, fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto -la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética. En este sentido, en su artículo 4, refuerza esta salvaguarda al establecer que solo 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.

De forma que, no se estima que surja vulneración al derecho a la intimidad genética por la inclusión en la base de datos de esta información, ya que las críticas que se hacían por la afectación de este derecho partían de la inexistencia de una regulación legal de la base de datos de ADN, en punto al tratamiento de la cesión de datos, acceso, modificación y cancelación de las inscripciones⁸⁶, lo cual se encuentra regulado, actualmente, en los artículos 7 y 9 de la LO 10/2007.

Es preciso esclarecer que, en este contexto, la doctrina acuñó un nuevo concepto: el llamado «derecho a la autodeterminación informativa», cuyo reconocimiento constitucional se encuadra en el art. 18.4 que sostiene que 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. Surge la duda de si se trata de un derecho autónomo o, si, por el contrario, es una manifestación del derecho a la intimidad.

Al respecto, se debe concluir que, la doctrina del Tribunal Constitucional se manifiesta a favor de la existencia de un nuevo derecho fundamental – la autodeterminación informativa – al destacar similitudes y diferencias entre este derecho y el derecho a la intimidad. De forma que, el Tribunal Constitucional delega la protección de la totalidad

integridad moral y física de las personas es inviolable” y, seguidamente, en su apartado segundo matiza que “nadie puede ser sometido a tortura, ni a tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos”. Asimismo, el *Acórdão* núm. 128/92 del Tribunal Constitucional de Portugal concreta el derecho a la integridad personal en el “derecho de la persona a no ser agredida u ofendida en su cuerpo o en su espíritu, sea por medios físicos, sea por medios morales”.

⁸⁶ De acuerdo con DOLZ LAGO, M. J., “ADN y Derechos fundamentales”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 69 a 116.

de la información personal al derecho a la autodeterminación informativa y limita el derecho a la intimidad al ámbito de la esfera privada del individuo⁸⁷. Si bien, a este último derecho también se le aplica lo dicho para el derecho a la intimidad en cuanto a la prueba de ADN.

En suma, este derecho puede verse afectado por la consecución de otros fines constitucionales, si la afectación está legitimada, ya sea mediante el consentimiento del afectado o mediante autorización judicial, si se satisfacen los presupuestos exigidos ya comentados.

3.4 DERECHO A LA INTEGRIDAD

Por último, es preciso referirnos al derecho a la integridad, que, ciertamente, es el primer derecho que resulta afectado a la hora de practicar la prueba de ADN. Consagrado en el art. 15.1 CE, establece que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. En el ámbito comunitario aparece recogido en el art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Para descifrar qué presupone el derecho a la integridad, traemos, de nuevo, a colación, la STC 207/1996, puesto que también asentó diversos principios en cuanto a dicho derecho. En tenor de esta sentencia, a través del derecho a la integridad física lo que se protege es *«el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento»*. Incluso, concreta que, aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud, su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por "toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular". Lo que, es más, añade que, el hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud, supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

⁸⁷ Véase CARUSO FONTÁN, M. V., "Base de datos policiales sobre identificadores..." *op. cit.* pág. 140.

Por otro lado, como ya introdujimos anteriormente, esta sentencia incorpora un criterio diferenciador en cuanto al propio proceder de la práctica de ADN. Es decir, diferencia inspecciones corporales de intervenciones y registros corporales, en base a, principalmente, *el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización*, que, como veremos en mayor profundidad en el siguiente capítulo, será el derecho a la intimidad corporal en el caso de inspecciones y registros corporales y, el derecho a la integridad física en el caso de intervenciones corporales. Y, a su vez, atendiendo al grado de sacrificio que impongan del derecho a la integridad física, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves. Consecuentemente, deberán prevalecer las intervenciones corporales leves que repercutan de forma menos lesiva o incisiva en los derechos fundamentales del sujeto que las soporta.

Continuando en la misma línea, esta STC 207/1996, en su Fundamento Jurídico núm. 4, impone tres límites ineludibles relativos a la práctica de las intervenciones corporales. En primer lugar, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo *con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta* (arts. 10.1 y 15 CE). En segundo lugar, en cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales *se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado* en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características. Y, en tercer lugar, en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal *cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud*. A estas exigencias propias de las intervenciones corporales, se le deben sumar aquellas ya mencionadas con respecto a la intromisión en cualquier derecho fundamental. Es de imprescindible alusión y recordatorio el hecho de que, una de las contribuciones fundamentales de la STC 207/1996, fue establecer los presupuestos de legitimidad constitucional para que las intervenciones corporales resulten proporcionadas y, por tanto, lícitas como medidas de investigación penal.

Por tanto, como expone Salom Escrivá⁸⁸, este derecho puede verse afectado en aquellas intervenciones corporales para la extracción de la muestra de ADN que supongan una intervención invasiva en el cuerpo del afectado como sería la extracción de sangre, una punción o actuaciones similares, casos que requerirían, en defecto del consentimiento del afectado, de resolución judicial autorizante. No obstante, habida cuenta de que las técnicas actuales permiten la toma de muestras de ADN mediante actuaciones no invasivas como la toma de saliva mediante un hisopo o un pelo, es evidente que en este tipo de intervenciones el derecho a la integridad física no se ve afectado o lo es en mínima parte.

4. LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

4.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL ADN

A lo largo del trabajo venimos hablando y profundizando sobre temas relativos al ADN, sin aún haber hecho una definición de su concepto. ADN hace referencia a las siglas de ácido desoxirribonucleico, el cual se trata de una clase de ácido nucleico, es decir, una macromolécula que forma parte de todas las células de un organismo vivo, de un cuerpo humano, por ejemplo, cuya importancia es trascendental porque contiene la información genética que determina el desarrollo y el funcionamiento de los seres vivos⁸⁹. Las moléculas de ADN son extremadamente largas y están constituidas por millones de unidades, denominadas nucleótidos. Las combinaciones de los cuatro tipos de nucleótidos que existen a lo largo de las moléculas de ADN son las que proporcionan la información genética de los individuos⁹⁰. De manera que, el ADN, presente en el núcleo de cada célula humana, es la molécula portadora de toda la información genética de cada individuo.

Todos los humanos compartimos el 99,9% de la secuencia de nucleótidos⁹¹ en nuestro genoma humano, en este sentido, todos somos iguales. Su diversidad y particularidad,

⁸⁸ De acuerdo con SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 171 a 221.

⁸⁹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., “Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 23 a 67.

⁹⁰ Como señala MESTRES NAVAL, F. y VIVES REGO, J., “La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): aspectos científicos, periciales, procesales, sociales y éticos”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 61, 2009.

⁹¹ La estructura de cada molécula de ADN está formada por dos cadenas de secuencias de bases idénticas, compuesta por azúcares y fosfatos, que aparecen enlazadas por bases nitrogenadas que se unen entre sí debido a que tienen una polaridad opuesta, formando una doble cadena en forma de hélice, que se representa

haciéndolo, por ello, único e irrepetible en cada individuo, se encuentra representado por una variación del 0,1 por ciento. La posibilidad de que haya dos ADN iguales es de al menos uno contra varios o incluso cientos de millones, excepto en algunos casos como los gemelos homocigóticos o de otros partos múltiples.

Por tanto, científicamente, las diversas variaciones del ADN de un sujeto que lo caracterizan y sirven a su individualidad, permiten acceder, en el curso de una investigación criminal, a la identificación del sospechoso al establecer una relación que lo sitúa y localiza en la escena del crimen⁹². Una muestra de ADN ofrece tal riqueza de contenido que hace posible la investigación de hechos delictivos y la determinación de los responsables.

Siguiendo a Del Vas⁹³, el ADN reporta gran utilidad por las características que lo identifican: goza de universalidad, ya que todo ser humano posee uno de forma individualizada, común para todas las células de su cuerpo; es diverso, diferente al de cualquier otra persona, único e irrepetible; es inmutable, no varía nunca, es igual durante toda la existencia de la persona; y, es generoso, ya que con muestras mínimas se pueden obtener claros resultados, basta una pequeñísima cantidad. A lo que, Ramallo Machín⁹⁴, añade su carácter inalterable, en el sentido de que no se puedan modificar a voluntad de las personas, incluso, aunque sea por procedimientos técnicos u otros o, en términos más amplios, que no permitan su manipulación o la suplantación de la identidad; la detección sencilla; y su fiabilidad, en el sentido de su precisión identificadora.

Antes de continuar y precisar de qué se trata la prueba de ADN y cuál es su naturaleza, resulta imperativo detenerse y distinguir entre el ADN codificante y el ADN no

por cuatro letras; A, G, T, C, referidas a las sustancias químicas de adenina, guanina, timina y citosina, siendo las dos primeras púricas y las dos últimas pirimidinas. Las bases A y T son complementarias y se unen entre sí, al igual que las bases G y C. Estas bases de letras o nucleótidos que aparecen combinadas y extendidas en el genoma humano, y que se repiten en miles de millones de veces de forma permanente a lo largo de la cadena de ADN, constituyen la llamada huella genética (ATGC; GCAT; ATGC; GCAT, etc.). Véase al respecto LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal de ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, N.º 8190, 2013.

⁹² Ídem.

⁹³ DEL VAS ATAZ, H.D., “ADNIC: ADN de interés criminal. Generalidades, sustentación y problemática de la base”, en *Revista del Instituto universitario de investigación sobre seguridad interior*, 2009.

⁹⁴ Como manifiesta RAMALLO MACHÍN, A. C., “ADN: aproximación a los alcances y límites de la prueba”, en *Anuario Da Faculdade De Direito Da Universidade Da Coruña*, Vol. 22, 2018, págs. 249 a 273.

codificante. Admite una distinción válida de seguir al diferenciar aquel que permite confeccionar perfiles del individuo, del que únicamente sirve como identificador.

El ADN codificante contiene información valiosa desde una perspectiva estrictamente médico- curativa. El conocimiento de esta información afecta sin discusión a la intimidad de cada persona. Generan una información excesiva e íntima del sujeto, por lo que, la creación de un registro para tratarla motivaría una injerencia en derechos de la personalidad carente de legitimidad, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado.

Mientras que, el ADN no codificante, es sumamente polimórfico y variable entre las personas, teniendo un enorme poder de identificación, lo que ha llevado a mantener que es el que debe analizarse, puesto que no afecta al derecho a la intimidad y evita problemas ético-legales. Está caracterizado por la gran variabilidad de sus secuencias de un individuo a otro, lo que le vuelve idóneo para la identificación de personas, ya que - como ya hemos mencionado, salvo en el caso de gemelos univitelinos - no existen dos que tengan la misma secuencia de bases en el ADN⁹⁵. Resulta, pues, que, el ADN codificante apenas presenta variabilidad entre los individuos, por lo que carece de interés si se dirige a la identificación. A diferencia del ADN no codificante, que, dada su variabilidad, ofrece información con poder de discriminación, y, consecuentemente, permite identificar a los individuos de manera inequívoca.

Tal es así que, como ya hemos visto al desarrollar el derecho a la intimidad, la información que se puede obtener e inscribir en la base de datos de ADN es aquella que resulta del análisis del ADN no codificante.

Puesta en relieve dicha información, podemos desarrollar la naturaleza de la prueba de ADN. De nuevo, necesitamos realizar previamente una aclaración acerca de qué se entiende por diligencias de investigación y por actos de prueba.

Sintéticamente, podemos decir que, por prueba, entendemos aquella actividad que los sujetos de un proceso realizan, bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, en el juicio oral ante el órgano jurisdiccional con el fin de lograr la convicción

⁹⁵ Véase MAGRO SERVET, V., “El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de una base de datos de ADN”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 1, 2007, págs. 1824 a 1835.

del juzgador sobre la veracidad de las afirmaciones de hecho de las partes. Mientras que, los actos de investigación penal, los entendemos como aquella actividad que diversos sujetos, como pueden ser la policía judicial, los fiscales o los jueces de instrucción, realizan en la etapa de instrucción de un proceso penal con el fin de comprobar o averiguar la realización de hechos delictivos y a sus autores. Por lo que, queda patente su diferencia estructural, aunque externamente ambas actividades puedan parecer idénticas⁹⁶. De forma que, de los actos de prueba obtenemos resultados de certeza, capaces de destruir la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia de culpabilidad, o, por el contrario, una de inocencia.

Para la realización de la prueba de ADN, como diligencia de investigación, es precisa la realización de una intervención corporal cuyo fin es obtener una muestra biológica del investigado. Hemos reseñado *supra* que, el alto Tribunal Constitucional, en su STC 207/1996, diferenció entre inspecciones y registros e intervenciones corporales, sin habernos detenido mayormente en su desarrollo.

Pues bien, define las inspecciones o registros corporales como aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), a lo que añade que, dada la ausencia, por lo general, *de lesión o menoscabo del cuerpo*, no resulta afectado el derecho a la integridad física, pero sí el derecho a la intimidad corporal, *si recae sobre partes íntimas del cuerpo*.

Por otro lado, individualiza las intervenciones corporales como las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. Detalla, en este caso, que, al implicar una *lesión o*

⁹⁶ Siguiendo a LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. V., “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 3, N.º 1, 1995, págs. 225 a 234.

menoscabo del cuerpo, siquiera en su apariencia externa, supone afectación del derecho a la integridad física.

A su vez, atendiendo al grado de sacrificio impuesto a tal derecho, las intervenciones corporales se califican como leves o graves, entendiendo como leves las que, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

La ausencia de regulación específica en la materia supone que se pueda abordar su noción a partir de diferencias perspectivas. La que hemos desarrollado coincide con la intervención corporal a través del significado que toma en la jurisprudencia⁹⁷, ya que fue con esta, la jurisprudencia, con la que se introdujeron inicialmente estos conceptos.

En definitiva, las intervenciones corporales, como toma de muestras que son, llevadas a cabo durante la fase de instrucción, constituyen verdaderos actos o diligencias de investigación, en cuanto pueden servir para el esclarecimiento de los hechos delictivos y para la identificación de los autores.

En sí misma, una diligencia de investigación no supone un acto de prueba, si no que deberá reproducirse en el juicio oral, para instituirse como prueba, de forma que su finalidad es permitir que esos hechos sirvan para preparar el juicio oral. Sin embargo, hemos de advertir que, las pruebas periciales científicas, que tienen por objeto modernas técnicas de investigación, como es el caso de la identificación por el ADN, por sus propios condicionamientos, van a exigir que se permita una excepción a las reglas sobre las pruebas en el proceso penal. Y, dicha excepción, constituye un supuesto de la denominada "prueba anticipada o preconstituida". De tal manera que determinados actos de investigación, que por su propia naturaleza no pueden ser realizados en el juicio oral,

⁹⁷ Según MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, 2008, 202 págs. Esta misma autora añade también el significado gramatical y en la doctrina.

podrán, no obstante, obtener la naturaleza de actos probatorios, siempre que se garantice la contradicción de las partes mediante su reproducción en el juicio oral.

Uno de los supuestos a los que se refieren, son los casos en los que la pericia ha sido realizada en la etapa de instrucción, pero los sujetos que la han efectuado, a los que se ha de acudir por la complejidad de los métodos de investigación que han de emplearse, y por la necesidad de dotar a tales técnicas de la máxima fiabilidad posible, no son otros que determinadas instituciones oficiales cualificadas, como pueden ser la Escuela de Medicina Legal, el Instituto de Toxicología, los Laboratorios de Policía Científica, etc. En estos casos, la excepción a las reglas de las pruebas en el proceso penal consistirá, no sólo en permitir la realización anticipada de dichas pruebas, sino, además, se permite también su consideración como prueba anticipada sin necesidad de ratificación en el juicio oral de los peritos⁹⁸. Esto es lo que sucede con la prueba de ADN en el proceso penal.

Tal es así que, la naturaleza de la prueba de ADN diverge según en la fase en la que nos encontremos. En el acto de recogida de la muestra, la prueba será prueba preconstituida, los análisis periciales en fase de instrucción serán diligencias de investigación y los análisis periciales en el juicio oral, cuando son sometidos a contradicción, será prueba pericial propiamente dicha⁹⁹. Por tanto, existen 3 vertientes de la práctica de la prueba de ADN.

Por tanto, la prueba de ADN, tal y como se comenta en el Fundamento Jurídico núm. 3, la STS 501/2005¹⁰⁰, de 19 de abril, es una prueba pericial que consiste en la comparación entre una muestra dubitada – aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece – y otra indubitada – obtenida de la persona sospechosa, o de un banco de datos -, de manera

⁹⁸ Vid. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. V., “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 3, N.º 1, 1995, págs. 225 a 234. A lo que añade que, solo en caso de que alguna de las partes impugne la prueba pericial, negando su veracidad o criticando su contenido, o, en muchos casos, la cadena de custodia de las muestras, se deberá someter a contradicción en el juicio oral el informe pericial presentado, por lo que habrán de ser citados a la etapa probatoria del juicio oral los peritos en cuestión al objeto de presentar sus informes periciales. En el mismo sentido se pronuncia RAMALLO MACHÍN, A. C., “ADN: aproximación a los alcances y límites de la prueba”, en *Anuario Da Faculdade De Direito Da Universidade Da Coruña*, Vol. 22, 2018, págs. 249 a 273.

⁹⁹ Tal y como expresa RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

¹⁰⁰ STS 501/2005, de 19 de abril de 2005. Ponente: Joaquín Delgado García.

que, si ambas coinciden en sus marcadores genéticos, este medio probatorio puede servir al objeto de acreditación de la intervención de alguien en el hecho criminal investigado.

El carácter pericial de la prueba de ADN podría fundamentarse en el artículo 456 de la LECrim ya que dice que el juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, *fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos*.

Por último, en nombre de Gómez Colomer¹⁰¹, podríamos denominar a esta clase de prueba como “prueba científica”, sobre la que no había acuerdo definitivo sobre su perfil ni sobre su contenido. A grandes rasgos, la prueba científica es aquella que requiere de conocimientos profesionales científicos especializados que el juez no tiene; será científica cuando el resultado probatorio producido es consecuencia de la aplicación y desarrollo de conceptos de carácter científico; y, tendrán naturaleza de prueba científicas todos los informes emitidos por laboratorios científicos para ser utilizados en un proceso penal.

Él mismo declara que, según la literatura científica, con esta prueba se procede a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles de ADN, de forma que, la no coincidencia, permite descartar que la muestra pertenezca al sospechoso, mientras que su coincidencia permite, con un altísimo grado de probabilidades, atribuírsela. Es, por tanto, una de las pruebas científicas más fiables, siempre y cuando se sigan los protocolos científicos, a los que más adelante nos referiremos brevemente.

También, en lo sucesivo, contemplaremos su naturaleza como prueba indiciaria al especificar que, el resultado del análisis de ADN producirá un indicio y no una prueba directa del delito, ni de la autoría o participación del acusado¹⁰², y, ahondaremos sobre el valor de esta prueba de forma general.

4.2 REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

A lo largo del trabajo hemos referenciado la STC 207/1996, por su enorme labor al asentar diferentes criterios y conceptos. Pues, una vez más, hemos de hacer uso de esta, en lo que

¹⁰¹ Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., “Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 23 a 67

¹⁰² Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA, S., “La prueba pericial de ADN”, en PICÓ I JUNOY, J. y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coords.), *Peritaje y prueba pericial* (1ª edición), Barcelona, 2017, págs. 455 a 463.

conciene a los requisitos generales a los que se encuentran supeditadas las medidas limitativas de derechos fundamentales, para poder alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable.

Ya hemos introducido estos en líneas generales, por lo que procedemos a su breve resumen y explicación. Primeramente, nos referimos de forma conjunta a los cuatro primeros presupuestos puesto que su explicación podría unificarse en aspectos previamente desarrollados. De forma resumida, esto es, el hecho de que el derecho a la intimidad y a la integridad física no son derechos absolutos, si no que deben ceder ante ciertas exigencias públicas. Estos son el fin constitucionalmente legítimo, la previsión normativa, el monopolio jurisdiccional y la motivación de la resolución judicial.

No cabe duda de que, la investigación del delito es un fin constitucionalmente legítimo, dado que, a través de la persecución de hechos criminales se defiende la seguridad ciudadana. Tanto el Tribunal Constitucional, de modo genérico, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las pruebas de ADN, han considerado legítima la injerencia¹⁰³. De modo que, en palabras de la propia STC 207/1996¹⁰⁴, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal es, desde luego, *causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal*, siempre y cuando dicha medida esté prevista por ley. Sin embargo, en este orden de cosas, esta misma sentencia matiza que la Constitución no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad, pero como ya conocemos, al no tratarse de derechos absolutos, pueden ceder en determinadas situaciones.

Consecuentemente, “*siempre y cuando dicha medida esté prevista por ley*” trae a colación el segundo requisito, el principio de legalidad. Es necesario que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, sin que quepa que sea autorizada esta solo por la vía reglamentaria¹⁰⁵. Además, no una ley cualquier si no que, toda medida

¹⁰³ Según MARDARAS AGINAKO, A., “La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía. Comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año N.º 35, N.º 105, 2015, págs. 294-309.

¹⁰⁴ Específicamente, el Fundamento Jurídico núm. 4 A) de la STS 207/1996, de 16 de diciembre.

¹⁰⁵ De acuerdo con MAGRO SERVET, V., “El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de una base de datos de ADN”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 1, 2007, págs. 1824 a 1835.

limitativa de derechos fundamentales, incluidas las intervenciones corporales, quedará sujeta a reserva de Ley Orgánica¹⁰⁶.

Ciertamente, tal exigencia no solo existe a nivel nacional, si no que, en el ámbito internacional, así mismo se establece en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud del cual se garantiza que, entre otras exigencias¹⁰⁷, no podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho (el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar) *salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley*.

Y, de forma conjunta, mencionar los presupuestos tres y cuatro, el monopolio jurisdiccional y la motivación de la resolución judicial, ya que, como regla general, ha de acordarse mediante una resolución judicial motivada, dado que, la exigencia de motivación aquí es, ante todo, un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual, en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales, debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del que se evidencie la necesidad de la adopción de la medida, tal y como se desarrolla, de nuevo, en la STC 207/1996¹⁰⁸. Sin embargo, no debemos olvidar los supuestos en los que, como veremos a posteriori, se permite a órganos no jurisdiccionales – Policía Judicial y Ministerio Fiscal – la práctica de estas medidas, si bien, bajo la habilitación legislativa correspondiente.

A continuación, la misma STC, en su Fundamento Jurídico núm. 4 E), impone el principio de proporcionalidad que, según esta, se trata, pues, de una exigencia común y constante para la constitucionalidad de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal.

¹⁰⁶ Siguiendo a MATA LLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, 2008, 202 págs. Esta misma autora añade también el significado gramatical y en la doctrina.

¹⁰⁷ Sean estas exigencias que la injerencia constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰⁸ En palabras del Fundamento Jurídico núm. 4 D) de la STS 207/1996, de 16 de diciembre.

De manera que, se debe actuar bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: la idoneidad de la medida, es decir, si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto y alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido, lo que se corresponde con el juicio de idoneidad; que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, a lo que añade Magro Servet¹⁰⁹ que, esto es una medida menos gravosa que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin, conocido como juicio de necesidad; y, por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a exigir que se deriven de su aplicación que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Vistos estos, hemos de señalar que, igualmente, se instituyen como principios rectores en la propia LECrim, en cuanto se refiere al Capítulo IV, perteneciente al Título VIII, de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, sobre disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. La LECrim consagra que, durante la instrucción de las causas, se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo, siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Aplicando estos a nuestras medidas de intervención corporal hemos de matizar algunos aspectos, siguiendo la línea establecida por Armengot Vilaplana¹¹⁰. Este artículo 588 bis a. establece que, el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que se puedan autorizar medidas de

¹⁰⁹ Véase MAGRO SERVET, V., “El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de una base de datos de ADN”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 1, 2007, págs. 1824 a 1835.

¹¹⁰ Según ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 128, 2017.

investigación cuyo objeto se fundamente en prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. Por lo tanto, no podemos acordar la práctica de este tipo de medidas en aras de descubrir o prevenir delitos, si no con el fin de averiguar unos hechos concretos que ya se han cometido y sobre los cuales existen datos objetivos que precisan investigar a través de esa medida.

A su vez, el principio de idoneidad exigirá, en nuestro caso, que el auto autorizante indique determinada información específica, siendo esta los hechos objeto de investigación, la persona afectada por la medida, el tipo de muestras que se consideran necesarias (saliva, por ejemplo, mediante frotis bucal), y el momento en el que se procederá a su práctica.

Seguidamente, por el principio de excepcionalidad, solo podremos acudir a esta medida limitativa cuando no existan otras alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado, siempre y cuando fuesen igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho.

En cuanto al principio de necesidad, implica que la medida solo se adoptará cuando la determinación del autor de los hechos o comprobación de delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

Y, por último, la medida adoptada deberá ser proporcionada en cuanto el grado de afección o injerencia en el derecho fundamental, así como el interés público en la investigación de los hechos. En nuestro caso, el mal cometido, es decir, la injerencia en el derecho a la integridad física es considerado como leve, ya que, hoy en día, gracias a los avances científicos, mediante un simple frotis bucal podemos conseguir una muestra altamente útil para la comprobación de la autoría de los hechos.

Continuando con los requisitos subjetivos, al respecto nos referimos tanto a los sujetos activos, como a los sujetos pasivos de la prueba de ADN. Es decir, tanto a quienes tienen la potestad de ordenarla, la de ejecutarla y sobre los que puede recaer esta prueba.

Sujetos activos: la ordenación y ejecución de la recogida de muestras.

El establecimiento de quién/es son los sujetos legitimados en la ordenación de la medida o recogida de muestras, adquiere su importancia por el efecto procesal que la prueba puede llegar a adquirir. En este sentido, el Juez de Instrucción sería el primer legitimado

para ello¹¹¹. Nos sirve de fundamento el artículo 326 de la LECrim ya que determina que «*el Juez de Instrucción adoptará u ordenará*». Por tanto, la regla general es la recogida de muestras indubitadas por ordenación de la autoridad judicial, mediante una resolución motivada que lo autorice. La razón de que sea esta la regla general a aplicar deriva de los requisitos previamente expuestos, es decir, el monopolio jurisdiccional y la previsión normativa.

Incluso llega a afirmar Moreno Catena¹¹² que, las intervenciones corporales quedan condicionadas siempre a la previa autorización judicial, sin que pueda realizarla de propia autoridad la Policía ni ordenarla el Ministerio Fiscal en la investigación penal. Puesto que la intromisión física en el cuerpo humano afecta decididamente al derecho a la integridad, como diligencia de investigación queda reservada a la autorización judicial.

Sin embargo, la generalidad queda a un lado cuando concurren razones de necesidad y urgencia. Desde la STC 207/1996¹¹³, el TC considera que, debido a la falta de reserva constitucional en favor del Juez, en lo que se refiere a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, la *Ley puede autorizar a la policía judicial la práctica de actos* que comporten una simple inspección o reconocimiento, o incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y en estos casos de necesidad y urgencia.

En resumen, esta reserva judicial, que es acertada, en virtud de la materia sobre la que versa, es decir, en cuanto a las muestras indubitadas, lo es sin perjuicio de lo que dispone el art. 282 LECrim, al que se remite, de forma excesivamente genérica, el art. 326 LECrim¹¹⁴. Esta remisión se refiere a la labor que se le encomienda a la Policía Judicial de recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

¹¹¹ Como expresa RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

¹¹² De acuerdo con MORENO CATENA, V., “La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en DE MIGUEL HERRÁN, I. (con VV.AA.), *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales José María Lidón, Bilbao, 2010, págs. 13 a 54

¹¹³ Concretamente, en el Fundamento Jurídico núm. 4 C) de la STC 207/1996, de 16 de diciembre.

¹¹⁴ Atendiendo a ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, en Aranzadi, Navarra, 2010, 240 págs.

Por tanto, como sujeto activo, el que nos atañe actualmente, como legitimado en la ejecución de la toma de muestras, es la Policía Judicial, en cuyo favor, en determinados supuestos, no rige la regla general de autorización judicial. Es decir, ya no solo en virtud del art. 282 LECrim, en concurrencia de situaciones de urgencia y necesidad, podrá la Policía Judicial actuar en ausencia de autorización judicial, si no que se prevén otros dos casos, que desgranaremos en el siguiente apartado, en los que no se precisa esta autorización habilitante.

En primer lugar, aludimos a aquellos casos en los que existe consentimiento expreso del propio sujeto sobre el que se debe practicar la diligencia, si bien, en concurrencia de determinadas condiciones para no incurrir en un vicio de nulidad, en tenor del art. 11.1 LOPJ.

Y, en segundo lugar, en caso de recogida de muestras dubitadas, sean las situaciones en que existen vestigios o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso, podrá la Policía Judicial recoger estos restos biológicos, en aplicación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006.

En esta misma línea, el Ministerio Fiscal puede proceder a la recogida de vestigios cuando se hallen en curso diligencias de investigación llevadas a cabo por él. En efecto, así se establece en el punto 2.2 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012¹¹⁵, de 26 de diciembre, al disponer, sobre la posibilidad de practicar diligencias de análisis de ADN, que, las dudas en torno a si puede el Fiscal acordar por sí la práctica de tal diligencia, deben entenderse solucionadas de raíz tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, que ha relativizado el cuasi monopolio jurisdiccional que parecía establecerse en el art. 326 LECrim, en tanto su Disposición Adicional Tercera establece que para la investigación de los delitos...la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos... del lugar del delito. Por tanto, si la Policía está legitimada para recoger tales restos sin necesidad de autorización judicial, tanto más lo estará el Fiscal. Cabe,

¹¹⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, de 26 de diciembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2012-00002> La mencionada circular versa sobre la unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos y, añade, que *en efecto, no es precisa tal autorización ni para la toma de muestras ni para la exhumación, siempre que se cuente con el consentimiento de los interesados, toda vez que no se trata de un supuesto de obtención de muestras corporales realizadas de forma directa sobre el sospechoso o imputado en un procedimiento penal, sino de un acto voluntario.*

consiguientemente, afirmar que el Fiscal puede acordar por sí la recogida de restos biológicos sin necesidad de autorización judicial.

Al mismo efecto, la Instrucción núm. 1/2008¹¹⁶, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial, concreta que los fiscales están facultados legalmente en sus funciones de dirección de la Policía Judicial y podrán ordenar a esta la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación. Asimismo, el artículo 126 CE establece que, la Policía depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca, lo que se conoce como dependencia funcional¹¹⁷. Si bien, debemos precisar que, como se indica en la dicha Instrucción, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación policial, en cuanto al Ministerio Fiscal le corresponde la participación a modo de promotor de la investigación.

De forma que, a la Policía Judicial le corresponde la actividad investigadora en modo estricto, mientras que el Ministerio Fiscal es el encargado de la determinación jurídica de aquello que puede constituir fuentes y medios de prueba, y de la validez de estos.

A modo de resumen, el Ministerio Fiscal está facultado para ordenar y ejecutar por sí mismo la medida de obtención de muestras, en los mismos supuestos que está facultada la Policía Judicial.

Es requerido, igualmente, señalar la figura del Médico Forense. Este podrá llevar a cabo la toma y recogida de muestras, remitiendo las mismas para su análisis al laboratorio correspondiente, bien sean los laboratorios de la Policía Judicial o al Instituto Nacional de Toxicología.

¹¹⁶ Específicamente en el punto VII. Conclusiones núm. 8º de la Instrucción núm. 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10048300535

¹¹⁷ Como consta en la misma Instrucción, *tal dependencia funcional del Ministerio Fiscal no tiene un carácter absoluto. La Policía Judicial tiene un importante ámbito de actuación autónoma y, además, la organización del funcionamiento interno de sus servicios, de sus medios personales y materiales, entre otras materias de similares características, son también ajenas a la dirección del Fiscal –y de Jueces y Tribunales–*. Menciona, también, la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, según la cual, *tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «Jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales*.

Esta habilitación surge bajo la cobertura brindada por los artículos 326.3 y 778.3¹¹⁸ de la LECRIM, los cuales consienten la ordenación, por parte del Juez de Instrucción, al médico forense de adoptar las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las muestras, garantizando su autenticidad, y, sucesivamente, el 778.3, expone que podrá acordarse que el médico forense u otro perito 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.

Recordar también la exigencia fijada por la STC 207/1996¹¹⁹, de 16 de diciembre, que dispuso la necesidad que las medidas de intervención personal fuesen llevadas a cabo por personal sanitario o personal médico especializado, en el supuesto de intervenciones graves que así lo requieran por sus características.

Por último, en cuanto a los sujetos activos, nos detenemos brevemente en la legitimidad de la recogida de vestigios o muestras por la propia víctima o terceras personas. Si nos preguntamos si la víctima o terceras personas están legalmente legitimadas para realizar una toma de muestras biológicas abandonadas en la escena del crimen, la respuesta debe ser afirmativa, en virtud de diferentes pronunciamientos judiciales. Son de aplicación numerosos pronunciamientos ya que no existe, en nuestra legislación vigente, un pronunciamiento específico que cubra este vacío legal.

No obstante, hay que plantearse la existencia de notorias adversidades con las que se podrían encontrar las muestras en cuanto a su valor probatorio se refiere. Todo ello debido a la pérdida de autenticidad y calidad de la muestra, porque, la víctima o terceras personas, no cuentan con la especialización técnica suficiente –como la que dispone la Policía Judicial– para la recogida y conservación de la muestra en aras de evitar su contaminación¹²⁰. Por tanto, lo que se cuestiona es si ha existido o no quiebra alguna de la cadena de custodia de las muestras.

A modo de ejemplificación, en el caso de la STS 1367/2011¹²¹, de 20 de diciembre, el cual trata sobre abusos sexuales a una menor, el Tribunal niega esta quiebra de la cadena

¹¹⁸ Preceptos que fueron objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2010.

¹¹⁹ En el Fundamento Jurídico núm. 4 F) b) de la STC 207/1996, de 16 de diciembre.

¹²⁰ Vid. RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

¹²¹ STS 1367/2011, de 20 de diciembre. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081->

de custodia puesto que «se conoce quien tuvo en su poder la prenda desde el primer momento: primero la víctima, luego su abogado, a continuación, el Juzgado, hasta llegar al laboratorio donde se efectuó la pericia. No consta momento en que se sepa quién tiene la prenda». Si bien, el Tribunal añade que, en aras de garantizar y salvaguardar la cadena de custodia, «la autenticidad de la prueba viene acreditada por la testifical de la víctima».

Sujetos pasivos: sobre los que recae la diligencia de intervención

En el ámbito de la delimitación de los sujetos sobre los que se puede proceder a la toma de muestras biológicas para la determinación de su perfil de ADN, la regulación legal adolece de una notoria indeterminación jurídica por los diversos términos utilizados para designar a tales sujetos.¹²² No obstante, la importancia de los destinatarios de los intervenciones corporales deriva de la capacidad de convertirse en sujeto pasivo de cualquier persona y la posibilidad de que se vulneren derechos fundamentales, en el camino de dilucidar la determinación delictiva¹²³. Es, por tanto, necesario delimitar aspecto.

El párrafo segundo del art. 363 LECrim alude de forma expresa la obtención de muestras biológicas del sospechoso, por lo que, siguiendo este precepto, sería este quien es objeto de las diligencias de inspección e intervención corporal.

Pero, por otra parte, la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, menciona expresamente la toma de muestras del *sospechoso, detenido o imputado*, creando tres categorías distintas posibles de sujetos pasivos del análisis de ADN y contribuyendo aún más a la ya tradicional confusión terminológica imperante en la LECrim para referirse al sujeto sometido a una investigación en el curso de un proceso penal¹²⁴. De esta manera,

[obtencion de muestras biologicas para determinacion de a.d.n. criterio jurisprudencial.pdf](#). En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce en esta misma sentencia que la víctima o terceros ajenos al proceso puedan aportar muestras biológicas, afirmando que no es el juez el único que puede recoger pruebas o vestigios materiales del delito. Ordenará hacerlo si está efectuando una inspección ocular (supuesto del artículo 326 LECrim), pero puede hacerlo la policía por su propia autoridad (artículo 770.3.a LECrim), o quien las tenga a su alcance para ponerlas a disposición de la autoridad.

¹²² Según DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 91, 2012.

¹²³ De nuevo RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento... *op. cit.* pág. 60.

¹²⁴ Según DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 91, 2012.

ya no encontramos referencias provenientes de la ley dirigidas solo a quien es sospechoso, si no que se incluyen estas dos figuras más.

No hay problemas especiales para determinar quién ostenta la condición de imputado – toda persona a quién se impute un acto punible – o acusado – aquel contra quién se dirige una acusación – si bien, la ley introduce en nuestro derecho procesal penal al “sospechoso”. La figura y posición jurídica de este son desconocidos en la LECrim. En consecuencia, se carece de un concepto y de un estatuto legal del sospechoso que más bien pertenece al ámbito policial que al judicial. Se considera, pues, que en un proceso penal no puede haber sospechosos sino imputados puesto que el “sospechoso” carece de derechos y obligaciones en el campo jurisdiccional, dado que dicha figura no está reconocida¹²⁵. De modo que, si se trata de un sospechoso desconocido no planteará mayor problema la recogida de vestigios del ADN, mientras que en los casos en los que está identificado se siente la escasa regulación existente acerca de estas diligencias.

No obstante, ya con anterioridad a la incorporación a la LECrim de este párrafo segundo del art. 363, la STS 2461/2001, de 18 diciembre de 2002, había reconocido implícitamente la posibilidad de que un sospechoso fuera objeto de un análisis de ADN¹²⁶. Esta sentencia, en su Fundamento Jurídico núm. 2¹²⁷, establece que se trata de una diligencia de investigación que, practicada correctamente, puede convertirse en un medio válido de prueba. Ello explica que no siempre se realice sobre la persona de los imputados, sino que, es precisamente el resultado del análisis, lo que puede dar lugar a esa imputación.

Por tanto, el sospechoso no exige que haya sido judicialmente imputado, pero del tenor literal del párrafo segundo del art. 363 LECrim se deduce que no basta cualquier tipo de sospecha para acordar la práctica del análisis de ADN sobre un sujeto, sino que debe concurrir una sospecha fundada. Solo así, se puede interpretar la exigencia al Juez

¹²⁵ Tal y como manifiesta SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 171 a 221. Añade, además, que en el art. 5.2. 3º de la Ley 50/1981, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sí se reconoce expresamente la figura del sospechoso. Si bien, el concepto de sospechoso a efectos de la toma de muestras de ADN no es idéntico al que se refiere el art. 5 del Estatuto Orgánico del MF, ya que, en este último, se dirige una imputación a una determinada persona, mientras que en el caso de la toma de muestras es distinto porque aún no hay una imputación contra el sospechoso.

¹²⁶ Vid. DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 91, 2012.

¹²⁷ STS 2461/2001, de 18 de diciembre de 2001. Ponente: Eduardo Mórner Muñoz.

instructor en dicho precepto de «*acreditadas razones que lo justifiquen*»¹²⁸. De manera que, llegados a este punto, podrían considerarse, exclusivamente, sujetos pasivos al sospechoso, detenido o imputado.

Sin embargo, esta no es la realidad, ya que la toma de muestras cabe la posibilidad de realizarla también sobre el cuerpo de la propia víctima o sobre terceras personas. Brevemente, en lo que se refiere a la toma de muestras a terceras personas, de forma general, son sujetos pasivos que pueden ser sometidos a las intervenciones corporales, aquellos que, sin ser parte del proceso como detenido o investigado, son requeridos para la toma de muestras¹²⁹. De nuevo, carecemos de legislación que contemple tal posibilidad, por lo que, como venimos viendo, la doctrina y la jurisprudencia, se encargan de, a través de sus interpretaciones, permitir el encaje en nuestro ordenamiento jurídico de la posibilidad referida.

Autores como Rivero Santana¹³⁰, informan de que la utilidad de llevar a cabo estas muestras biológicas indubitadas de personas ajenas al proceso reside en: vincular a los sospechosos con la escena, la víctima u objetos relacionados con la comisión del delito, cuando estos se encuentren en paradero desconocido, pero sus familiares se encuentren localizados; y, realizar test masivos de ADN para delimitar el número de sospechas, que accedan voluntariamente a la muestra.

Respecto al primer supuesto, es posible que el principal sospechoso se encuentre en paradero desconocido y sea imposible someterlo a análisis genético, pero, la toma de muestras obtenida a través de familiares posibilita analizar su ADN mitocondrial, el cual es heredado exclusivamente por línea materna y permite utilizar muestras de madres y hermanos para averiguar la identidad genética del sospechoso.

Y, en cuanto al último supuesto, existe una versión colectiva de la toma de muestras, a una generalidad de personas, con la finalidad de someter a un número indeterminado de personas ajenas al proceso, y en una determinada población, para descartar a un número contingente de individuos, bien por la no coincidencia genética con la del posible autor

¹²⁸ Como señala DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 91, 2012.

¹²⁹ Véase RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

¹³⁰ Ídem.

del delito, bien porque se tengan por “delatados” a aquellos que no se sometan voluntariamente a esta toma de muestras. Sin embargo, estos llamados «test masivos de ADN», son inadmitidos por la doctrina y jurisprudencia.

Por último, en cuanto a la toma de muestras a la víctima, tampoco está prevista en el art. 363 de la LECrim, por lo que, nuevamente, nos encontramos con un vacío legal sobre la realización de pruebas de ADN sobre la víctima. Sin embargo, nada impide que la víctima sea sometida a la toma de muestras biológicas para conseguir el perfil genético de su agresor¹³¹, tal y como lo han recogido varias sentencias del Tribunal Supremo.

4.3 TOMA DE MUESTRAS

Una vez delimitados los sujetos pasivos que soportan la toma o recogida de muestras, es menester distinguir los diferentes supuestos que pueden darse a la hora de recoger muestras biológicas, a fin de realizar los análisis de la prueba de ADN. Existen, por un lado, los casos en los que los vestigios biológicos se encuentran en el lugar de los hechos, mientras que, por otro lado, están aquellos casos en los que se requiere de actos de inspección, reconocimiento o intervenciones corporales para su obtención. De entre estos últimos, lo clasificaremos, a su vez, según el sujeto pasivo sobre el que recaen.

4.3.1 Recogida de vestigios biológicos del lugar de los hechos

Es típica la existencia de vestigios biológicos en el presunto lugar del crimen, lo que puede suscitar interés en aras de descubrir los hechos sucedidos y los autores de estos. Así es gracias a la evolución técnica que ha permitido establecer la correspondencia, con casi un cien por cien de fiabilidad, entre una huella o vestigio biológico y la persona, animal o vegetal de la que proceden. Es por esta razón que esta clase de análisis puede constituir un medio de investigación y prueba decisiva con relación a determinada clase de delitos,¹³² tales como la agresión sexual, el homicidio o el asesinato.

Bajo este supuesto diferenciamos entre las muestras biológicas dubitadas o «supuestamente» indubitadas. Estaremos en el primer caso cuando no haya ningún indicio

¹³¹ Ibid.

¹³² Según RICHARD GONZÁLEZ, M., “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculcados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, Madrid, 2011.

razonable de la identidad del sujeto fuente, estando dirigido el análisis genético a la identificación del mismo (pudiendo ser este cualquier persona, la víctima, un testigo, un individuo que estuviere en ese lugar en otro momento, el autor, etc.). Sin embargo, también puede suceder que, estando la muestra biológica en cuestión separada del cuerpo de una persona, haya indicios racionales para pensar que el sujeto fuente es una persona identificada. Se habla respecto de estos últimos de vestigios biológicos «supuestamente» indubitados porque, en realidad, al no haber sido obtenido directamente del sujeto, siempre puede quedar una cierta duda sobre su procedencia real¹³³. En consecuencia, nos llevará a conocer la presencia de determinados sujetos, sean objeto de indicios o no, en el lugar de los hechos.

En cuanto se refiere a su regulación, el art. 326.3 LECrim, como ya sabemos, posibilita la recogida, custodia y examen de huellas o vestigios, en condiciones de autenticidad, precepto referido, por tanto, a la recogida de elementos externos. Además, vimos en el apartado precedente que, la Policía Judicial, está autorizada para la toma de muestras tanto en condiciones de urgencia o de necesidad, de consentimiento, así como en abandono de las muestras biológicas.

Asimismo, la licitud de la obtención de estas muestras por parte de la policía está avalada, también, por la LO 2/1986, de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como por el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Por un lado, el art. 11.1 de esta LO 2/1986¹³⁴ establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: (...) g) *Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.*

Por otro lado, el art. 4 del mencionado RD 769/1987¹³⁵ dispone que, todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sean su naturaleza y

¹³³ Véase ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, en Aranzadi, Navarra, 2010, 240 págs.

¹³⁴ LO 2/1986, de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 11.1 g). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-6859>.

¹³⁵ Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, artículo 4. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-14578>.

dependencia, *practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución*, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

Si bien, la norma habilitante imprescindible es el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006. Por lo que se refiere a la exigencia de intervención judicial para la recogida de vestigios biológicos cuando no se requiera una intervención corporal, el Acuerdo citado es tajante en su afirmación. Así pues, no se requiere autorización judicial para que la Policía Judicial pueda recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso¹³⁶. El mismo Acuerdo de 31 de enero de 2006¹³⁷ establece que *«la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial»*.

Por otro lado, la Disposición Adicional Tercera de la ya comentada LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, habilita a la policía judicial al establecer que, para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, *esta procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito*.

Con anterioridad a este Acuerdo de 31 de enero de 2006, se debatía sobre la necesidad de esta autorización, en tenor de los arts. 326.3 y 363.2 LECrim, para poder realizar el análisis de ADN. Como respuesta, destacamos la STS 501/2005, en la que el TS manifestó que *“sin la resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN”*, la prueba era *“irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio”*.

¹³⁶ En aplicación de ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, en Aranzadi, Navarra, 2010, 240 págs.

¹³⁷ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-31-de-enero-de-2006--sobre--1--Prueba-de-ADN---2--Unificacion-de-doctrina-en-materia-de-Vigilancia-Penitenciaria---3--Cuestiones-de-competencia-negativa-en-relacion-con-el-Art--15-bis-de-la-LECrim->.

Consideraba que, salvo cuando concurrieran razones de urgencia, las normas procesales imponían al juez de instrucción la obligación de actuar personalmente en la recogida de las muestras sobre las que se quería practicar el análisis de ADN si se quería que este acto tuviera valor probatorio. Su decisión la justificaba no en la desconfianza a la policía, sino porque *“es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación de secretario como fedatario público confiere autenticidad documental”*¹³⁸. Como hemos comentado, la situación actual difiere con lo expuesto ya que, tras el criterio adoptado en virtud del Acuerdo del 2006, el cual es ratificado por las sucesivas sentencias dictadas a partir de este momento, la norma es otra.

Esto mismo podemos observarlo en la STS 685/2010¹³⁹, de 7 de julio, la cual expone que 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.

La misma sentencia ha resuelto que, 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.

Podemos afirmar así que, la recogida de muestras del lugar no plantea problema alguno, en tanto que se trate de un lugar público, ya que ningún impedimento existe para obtener muestras biológicas o de cualquier clase, del lugar donde se produjo un crimen¹⁴⁰. Tal es así que, el juez de instrucción no tiene necesidad de motivar mediante auto la recogida de restos dubitados de la escena, ya que al ser desconocidos no se vulneraría con ella ningún derecho fundamental concreto. Si la escena está en la vía pública, lo que se recoja será

¹³⁸ Según PÉREZ CEBADERA, M. A., “Cuestiones prácticas sobre el ADN: La toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 259 a 272.

¹³⁹ STS 685/2010, de 7 de julio. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion-de-muestras-biologicas-para-determinacion-de-a.d.n.-criterio-jurisprudencial.pdf>

¹⁴⁰ Véase RICHARD GONZÁLEZ, M., “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculcados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, Madrid, 2011.

una *res nullius*, por lo que la Policía se podrá apoderar de ello sin más¹⁴¹, tal y como se expone en la STS 179/2006, de 14 febrero, acerca de una colilla arrojada al suelo.

4.3.2 Obtención de vestigios abandonados por el sospechoso: muestras subrepticias

A través de este apartado se trata de analizar aquellos supuestos en los que la toma de la muestra corporal por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se obtiene de una forma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión o de abandono de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación (esputo, salivazo, colilla, vaso, etc.), es decir, sin que haya sido precisa una manifestación de voluntad del referido sujeto de sentido afirmativo o negativo¹⁴². Es decir, el sujeto ignora que mediante su actuación ha facilitado una muestra de ADN.

En relación con las muestras de ADN, «subrepticio» consiste en obtener ocultamente los restos biológicos «abandonados» por el sospechoso o imputado de unos hechos delictivos. De manera que se trata de una muestra que se toma sin ser necesaria la colaboración del sujeto y no siendo éste consciente¹⁴³. Por lo tanto, nos referimos a actos tales como la recogida de un vaso en el que el imputado ha bebido en comisaría.

Asimismo, existen otros supuestos, denominados toma provocada¹⁴⁴, en los que la policía ofrece objetos sobre los que el imputado puede dejar huellas de su ADN, como puede ser la oferta de bebida o tabaco con ese propósito de identificación y posterior análisis del ADN recogido.

¹⁴¹ Según RAMOS ALONSO, J. V., “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”, en *Diario La Ley*, N.º 7364, 2010.

¹⁴² De acuerdo con MARTÍN PASTOR, J., “Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: la recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, en PÉREZ GIL, J., (Coordinador), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Madrid, 2012, págs. 409 a 436.

¹⁴³ Tal y como expresa MARDARAS AGINAKO, A., “La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía. Comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año N.º 35, N.º 105, 2015, págs. 294-309.

¹⁴⁴ En estos casos se entiende que la prueba de ADN devendría nula, pues, pudiendo no se informó al sospechoso, a sabiendas, de que, con las actuaciones que se practicaban, se pretendía realmente tomar dichas muestras. Como regla general puede decirse que ello supondría un fraude a la ley, evitando solicitar el consentimiento del sospechoso ante el temor de que el mismo no lo prestase. Lo cual expone SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 171 a 221.

En el primero de los casos, en el que se aprovecha que el sospechoso ha dejado huellas de su ADN en objetos que han estado en su posesión o arrojado al suelo no hay duda en cuanto a su validez, pues no se engaña ni se incita al sospechoso que deje muestras de su ADN, si no que se aprovecha que haya dejado estas¹⁴⁵. Por tanto, en virtud de tales consideraciones podemos apreciar diferentes extremos.

En primer lugar, está recogida de muestras carece del conocimiento y consentimiento del sujeto al que pertenece ya que se ha obtenido de una forma que podría considerarse súbita e inesperada, a consecuencia de una conducta del sujeto que provoca una aportación voluntaria de material genético. En segundo lugar, se da en distinto sitio del lugar del delito, normalmente, en dependencias policiales.

En tercer lugar, debemos detenernos en la exigencia o no de autorización judicial. Como sostiene el Tribunal Supremo, a partir de su STS 1311/2005¹⁴⁶, de 14 de octubre, dado que nos encontramos ante una *toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica* realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, no exige autorización judicial, pues la recogida de la muestra *se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible*. Dice, además, en el propio caso refiriéndose a los restos de saliva escupidos, que se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso, *pero obtenido de forma totalmente inesperada*.

Por último, atendemos a si, el hecho de que no exista consentimiento de la persona a la que pertenecen tales muestras, puede inferir en el valor de estas. De nuevo, en palabras del Tribunal Supremo, en su STS 179/2006¹⁴⁷, de 14 de febrero, ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ STS 1311/ 2005, de 14 de octubre. Ponente: José Antonio Martín Pallín. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf.

¹⁴⁷ STS 179/2006, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico núm. 3.2. Ponente: Jose Ramón Soriano Soriano. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf.

judicial. De modo que, tampoco será necesario el consentimiento del sujeto para proceder a la recogida de lo que él mismo ha abandonado, sin mayor control ni preocupación.

Podemos extender este último criterio incluso en aquellos casos en los que el imputado esté detenido, tal y como declara la STS 827/2011¹⁴⁸, de 25 de octubre, esta garantía (consentimiento acompañado de asistencia letrada), 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.

También es de aplicación para este supuesto el reiteradamente citado Artículo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de enero de 2006, incorporado en las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo. En este caso, nuevamente, las muestras han sido abandonadas por el propietario, por lo que también pasan a ser una *res nullius*, sin exigir mayores requisitos su recogida por parte de la Policía, tal y como sucedía en supuesto desarrollado en el supuesto anterior.

4.3.3 De la propia víctima

En el supuesto que nos atañe, la obtención de muestras biológicas se produce del cuerpo de la víctima. Si bien, la LECrim no contempla el supuesto de toma de muestras de la víctima de manera expresa, pero ello no imposibilita que se lleve a cabo en la práctica y que sea perfectamente válido en la investigación criminal, sobre todo en determinados delitos que, de cuya comisión, permanecen restos, ya sea de esperma o de sangre, en el cuerpo de la víctima, como sucede en los delitos contra la libertad sexual.

Dentro de este supuesto hemos de diferenciar otros dos, aquellos en los que la víctima esté viva de aquellos en los que esté fallecida. Centrándonos en el primero de los casos, en los que la víctima esté viva, parece razonable creer que la propia víctima pueda estar interesada en la recogida de la toma de muestras, puesto que puede constituir un indicio valioso que, junto con el resto de las pruebas, pueda enervar la presunción de inocencia¹⁴⁹.

¹⁴⁸ STS 827/2011, de 25 de octubre. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion-de-muestras-biologicas-para-determinacion-de-a.d.n.-criterio-jurisprudencial.pdf>.

¹⁴⁹ Siguiendo a ABEL LLUCH, X., “Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección*

No obstante, hemos de concretar si, ese mero interés de la víctima en someterse a la recogida de muestras, se traduce en un consentimiento.

Vemos que las víctimas también deberán otorgar su consentimiento para someterse a medidas de intervención corporal con fines de identificación genética, con los requisitos y garantías aplicables de conformidad con lo previsto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Pero, se presenta la necesidad de dilucidar el dilema atinente a si, en relación a las víctimas, existe o no una obligación procesal de sometimiento a estas medidas, existiendo posturas doctrinales confrontadas al respecto.

La respuesta no es tan sencilla puesto que las víctimas no poseen exclusivamente deberes en el marco del proceso penal, sino que también poseen derechos, que han de ser protegido y preservados, especialmente en aras de impedir que se genere una innecesaria y traumática victimización secundaria. Por tanto, en este orden de cosas, es preciso incidir en la necesidad de que la víctima preste su consentimiento de forma válida para poder someterse a cualquier medida de intervención corporal¹⁵⁰. De manera que, en el ámbito de la víctima, lo que priman son sus derechos y evitar que se produzca una segunda victimización, por lo que no se da una obligación en sentido estricto, ya que debe garantizarse lo mencionado, y, en ningún caso, podrá atentarse contra la dignidad de la misma, o darse un trato inhumano o degradante.

Ahora bien, hemos de poner en relieve con este particular, si la víctima se negase a que se le tome muestra de cualquier rastro biológico del supuesto autor del hecho que hubiese en su cuerpo, o a dar una muestra propia para descartar contaminaciones cruzadas. Tal y como explica Ramos Alonso¹⁵¹, a pesar de no ser común el hecho de que alguien que ha sufrido un acto criminal no quiera colaborar en la detención de su atacante, habrá casos en los que la víctima sufra un shock o un episodio de estrés postraumático y no permita que nadie le tome muestras; en otros la víctima no querrá colaborar por miedo a su asaltante, y otras veces la víctima simplemente no querrá colaborar, sin una causa aparente (aunque sí exista esa causa, como por ejemplo no querer delatar a un familiar).

ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial (1ª edición), Madrid, 2011, págs. 113 a 143.

¹⁵⁰ Véase ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Valencia, 2018, 748 págs.

¹⁵¹ Según RAMOS ALONSO, J. V., “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”, en *Diario La Ley*, N.º 7364, 2010.

Este mismo aclara que, estos supuestos chocan frontalmente con la obligación, tanto de la Policía como de Jueces y Fiscales, de perseguir los delitos. La manera de proceder, si la persona perjudicada por el delito se negase a que se le tomen muestras del autor o a dar una muestra propia, es la siguiente: se deberá informar en todo caso al Juez Instructor, y se deberá tratar de convencerla, explicándole la importancia de la prueba para la identificación y enjuiciamiento de su atacante, y de que su negativa tan solo va a perjudicar tal propósito, ya que el órgano enjuiciador en un futuro juicio puede valorar tal negativa en el caso de que sea ella misma quien señale a una persona como autora del hecho; en el caso de ser necesario el Juez solicitará ayuda de un psicólogo.

Lo que, en ningún caso y bajo ningún concepto, se podría hacer es someter a la víctima por la fuerza, ni siquiera con una orden judicial, amenazarla con un castigo penal por no colaborar, o engañarla de alguna forma para que acceda. En suma, y como podemos comprobar, en tenor de las explicaciones descritas, prevalece en todo caso el consentimiento de la víctima, sin perjuicio de que, en un hipotético juicio, pueda el Tribunal valorar la negativa de la víctima.

Y, en lo que concierne a los casos en los que se encuentre a la víctima fallecida en la escena del delito, dado que, igualmente, no existe regulación alguna acerca de la toma de muestras del cadáver, se recogerá todo aquello que pudiera perderse o degradarse durante el transporte del cuerpo y, todas las muestras se etiquetarán y protegerán adecuadamente, y serán entregadas a la Policía, para que las haga llegar al laboratorio. Como ya se dijo, en virtud del art. 282 LECrim, podrían la Policía o Guardia Civil, por razones de urgencia, recoger muestras del cadáver sin estar presentes ni el Juez ni el Forense, siguiendo el protocolo de etiquetado y conservación¹⁵². De forma que, como es imposible que la víctima otorgue su consentimiento, se aplica análogamente el artículo 326 y se procederá a la toma de muestras que se consideren necesarias.

4.3.4 Toma directa de muestras del sospechoso, detenido o imputado

La obtención de las muestras biológicas para su posterior análisis sigue siendo la principal fuente de problemas de la prueba de ADN. La ausencia o falta de claridad normativa provoca continuas dudas sobre la forma de actuar en cada caso, dando lugar muchas veces a impugnaciones o sospechas de ilegalidad que no son resueltas hasta momentos muy

¹⁵² Ibid.

avanzados de la investigación judicial por el Tribunal Supremo o incluso por el Tribunal Constitucional, y, además, en ocasiones de forma contradictoria. Por tanto, resulta difícil ofrecer reglas o principios generales de actuación en torno a la toma de muestras de ADN que no puedan ser discutidos¹⁵³. Por otro lado, resulta ser una cuestión más compleja, también, por la aplicación del sistema de derechos y garantías constitucionales que rigen frente al sometido al proceso penal¹⁵⁴. Esto se debe a que, la toma directa, es aquella que se obtiene de forma directa sobre el cuerpo del sujeto, como podría ser la realización de un frotis bucal o la extracción de cabellos con raíz, por lo que, ante tales prácticas, se ve afectada la esfera personal del individuo.

4.3.4.1 Toma de muestras biológicas consentidas voluntariamente por el sospechoso

Nada impide la obtención de muestras biológicas aceptada voluntariamente por el imputado en una causa criminal. En ese caso, asistido el imputado por abogado y conocedor de sus derechos constitucionales a guardar silencio y no confesarse culpable, ninguna objeción plantea su consentimiento a la obtención de una muestra biológica con la finalidad de cotejarla con otras que puedan existir en la base de datos de la policía, o estén incorporadas o se puedan incorporar a la causa. Ello con independencia del resultado del cotejo y de las consecuencias probatorias que, finalmente, se deduzcan de esta prueba¹⁵⁵. Por tanto, a través de esta introducción, hemos asentados dos ideas diferentes: el consentimiento informado y la asistencia letrada. El problema surge en aquellos casos en los que, por una razón u otra, las muestras biológicas se obtienen sin cubrir dichos extremos.

De manera que, si el sujeto pasivo sobre el que se dirige la práctica presta su consentimiento y ofrece una muestra indubitada, la STS 685/2010¹⁵⁶, de 7 de julio, impone que, el *consentimiento actuará como verdadera fuente de legitimación* de la injerencia estatal que representa la toma de las muestras. En consecuencia, este consentimiento es válido, siempre que se prestara cumplimiento las condiciones

¹⁵³ Como manifiesta ACÓN ORTEGO, I., “La obtención coactiva de la muestra genética para la investigación criminal en España”, en *Revista Via Iuris*, N.º 29, 2020, págs. 183 a 202.

¹⁵⁴ Según RICHARD GONZÁLEZ, M., *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Navarra, 2011, 472 págs.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ STS 685/2010, de 7 de julio. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf.

establecidas con independencia de en qué lugar o momento se otorgara aquél¹⁵⁷. En pocas palabras, ha de ser un consentimiento libre, consciente y expreso.

De igual forma, además de la jurisprudencia, la regulación existente en la LECrim avala este criterio, aunque, indirectamente. Es decir, el art. 363, párrafo 2º, de la LECrim, respecto de la recogida de muestras indubitadas, no especifica si podrán recogerse estas cuando el sospechoso preste su consentimiento, sin necesidad de autorización judicial.

En principio, dado que el artículo 363, II de la LECrim sólo exige la autorización judicial para la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando para ello sean necesarios actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal, hay que concluir que la policía podrá obtener dichas muestras, sin autorización judicial, cuando el sujeto objeto de la mismas preste su consentimiento¹⁵⁸. Igualmente, es reforzado a través de la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, la cual dispone que la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, *sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial* mediante auto motivado.

4.3.4.1.1 Asistencia letrada

A lo largo de la trayectoria de la prueba de ADN se ha cuestionado si la asistencia letrada, en la toma de muestras, resulta preceptiva o no, al momento de solicitarle a un sospechoso, detenido o imputado en una causa penal, o incluso a un tercero, la toma de una muestra genética a efectos de la investigación de un ilícito penal, y, por ende, para su inclusión en la base de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN. A falta de una regulación expresa sobre dicha cuestión, la solución sigue en manos de la jurisprudencia que, como no podía ser menos, ha ido ofreciendo soluciones diversas o incluso dispares, según los casos.

¹⁵⁷ Véase ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada (1). La coactividad en la toma de muestras”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 102, 2013.

¹⁵⁸ Vid. MARTÍN PASTOR, J., “Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: la recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, en PÉREZ GIL, J., (Coordinador), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Madrid, 2012, págs. 409 a 436.

En todo caso, resulta evidente que exigir la asistencia letrada siempre y en todo caso (como norma) restaría eficacia a las investigaciones policiales, máxime teniendo en cuenta que dicha asistencia no se ha exigido tradicionalmente para todas las diligencias, si bien está asegurada por ley en el caso de producirse la detención del sujeto¹⁵⁹. Es el artículo 17.3 de la CE el que garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

En consecuencia, el texto constitucional protege la asistencia letrada en caso de que el sujeto pasivo sea la persona del detenido, pero limita esta exigencia a lo que establezcan las determinadas leyes y no lo impone de forma genérica para el conjunto de las diligencias de instrucción.

En el mismo sentido, el artículo 520.2 c) LECrim delimita el contenido legal de la asistencia letrada al detenido, ciñéndose a la designación de Abogado y al derecho a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración, así como a intervenir en todo reconocimiento de identidad del que sea objeto, completándose en el núm. 6 del mismo precepto, la actividad del Abogado en la declaración¹⁶⁰. Sin olvidar el artículo 118 de la LECrim que establece un derecho genérico de defensa, y el artículo 767 que manifiesta, para el procedimiento abreviado, la necesidad de asistencia letrada desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada.

En aplicación de estos preceptos y de la jurisprudencia, que, de forma coincidente, manifiesta que la asistencia letrada no es necesaria en todas las diligencias de instrucción, como requisito necesario para la validez de estas, hemos de clarificar que, esta asistencia letrada será necesaria, en caso de que la persona sujeto de la práctica esté detenida.

De forma que, para que la intervención realizada sea constitucionalmente válida para enervar la presunción de inocencia, sin la previa información de derechos – cuestión que seguidamente abordaremos – ni la asistencia de letrado, la persona explorada no deberá estar detenida y ha de prestar su consentimiento de forma libre.

¹⁵⁹ Tal y como manifiesta ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada (1). La coactividad en la toma de muestras”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 102, 2013.

¹⁶⁰ Ídem.

No habría así vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma estaría legitimado por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia jurídica, pues es este un derecho que nace de la situación de detención o de la existencia de la imputación. En caso contrario, y si fuere obligado por la fuerza, estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención¹⁶¹.

Por tanto, en caso de estar detenido, la STS 827/2011¹⁶², de 5 de octubre, recuerda que conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es, sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24.2 CE), así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim.

Al igual que del Acuerdo de la Sala 2ª del TS de 24 de septiembre de 2014, el cual entendió necesaria la asistencia letrada para que el detenido consienta la obtención de una muestra biológica, siendo exigible, en defecto de tal consentimiento, la autorización judicial¹⁶³, como a continuación se analizará. Este Acuerdo expone: «*la toma biológica*¹⁶⁴ de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial». Pues, de lo contrario, la toma de la muestra habrá vulnerado sus derechos y sus resultados no tendrán valor. Si por el contrario la persona solo tuviese la condición de sospechosa, según el Tribunal Supremo, no es necesaria la asistencia letrada para que el consentimiento sea prestado válidamente, aunque hay que entender que puede pedir asesoramiento legal antes de mostrar su aquiescencia¹⁶⁵.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² STS 827/2011, de 5 de octubre. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion-de-muestras-biologicas-para-determinacion-de-a.d.n.-criterio-jurisprudencial.pdf>.

¹⁶³ Tal y como manifiesta ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 128, 2017.

¹⁶⁴ También esta respuesta precisa de una atenta interpretación no por su dificultad, sino por la pésima redacción que se nos ofrece empezando por el inicio del párrafo en el que se adjetiva la toma o adquisición de la muestra con la palabra: «biológica». Es decir que el acuerdo se refiere a: «la toma biológica». Sin embargo, parece evidente que lo que será biológica será la muestra no la toma que en realidad es una palabra que designa un procedimiento técnico, como expresa RICHARD GONZÁLEZ, M., “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 el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, en *Diario La Ley*, N.º 8445, 2014.

¹⁶⁵ Véase RAMOS ALONSO, J. V., “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”, en *Diario La Ley*, N.º 7364, 2010.

4.3.4.1.2 Consentimiento informado

La STC 37/2011¹⁶⁶, de 28 de marzo, incluye otro requisito más para la toma de muestras realizadas bajo la cobertura brindada por el propio sujeto que la sufre, y es que, «*para que el consentimiento pueda ser considerado como libre y voluntario, debe tratarse de un consentimiento informado*».

Sin embargo, es una evidencia que, en la actualidad, no se cuenta con una legislación que compile de forma enumerada y detallada los requisitos que el consentimiento que ha de cumplir para considerarlo, como aquí se ha dicho, informado y, por tanto, válido. Pero es que se da la circunstancia de que se utiliza de forma generalizada un formulario que remite al supuesto cumplimiento de las normas básicas mínimas exigibles en estos casos¹⁶⁷. Por ello, es notorio que existe un vacío normativo que trae como consecuencia un interminable debate doctrinal y jurisprudencial sobre su contenido, en clara referencia a la necesidad de que haya unos criterios unificados o una guía en esta materia, que permita adquirir una versión documentada y jurídicamente aceptable de lo que significa un consentimiento “informado y válido” para la intervención corporal y demás pruebas que fueran necesarias en el esclarecimiento de la causa penal¹⁶⁸. Ante tal situación era necesario dar con una solución que supliera esa discordancia.

Tal es así que la respuesta aparece con la creación de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. Este Grupo Jurídico-Bioético de la CNUFADN elaboró un informe donde se establecía pormenorizadamente los requisitos que debían concurrir para que se tuviera el consentimiento por válido para la toma de muestras biológicas prestado por sospechosos, detenidos e imputados¹⁶⁹. De manera que, existiendo tal delimitación conceptual, será más sencillo, cubrir la exigencia del consentimiento informado.

En aplicación de las STS 2461/2001, de 18 de diciembre y 211/1196, de 7 de marzo, Ramos Alonso¹⁷⁰ entiende que, los extremos sobre los que un sospechoso, un detenido o

¹⁶⁶ En el Fundamento Jurídico núm. 5 de la STS 37/2011, de 28 de marzo. «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-7626>.

¹⁶⁷ De acuerdo con RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

¹⁶⁸ Véase ALCOCEBA GIL, J. M., *El análisis genético forense en el proceso penal español*, Valencia, 2018, 461 págs.

¹⁶⁹ Vid. RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

¹⁷⁰ De acuerdo con RAMOS ALONSO, J. V., “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”, en *Diario La Ley*, N.º 7364, 2010.

un imputado debe ser informado cuando se solicite su colaboración para la toma de una muestra biológica de su cuerpo, son los siguientes: acerca de la prueba a la que se le va a someter, debiendo explicársele el procedimiento de la toma y del análisis posterior; sobre cuál es su finalidad, es decir, hay que especificar claramente que, con esa muestra, se pretende averiguar si las muestras biológicas que se recogieron en el marco de la investigación, y que se supone corresponden al autor del delito, pertenecen a él; sobre las consecuencias jurídicas que se pueden derivar tanto de la coincidencia de las muestras como de la falta de ella; acerca de que no puede ser obligado por la fuerza a dar una muestra, explicándole el Juez que si no accede en un primer momento dictará una resolución solicitando su colaboración, y de que, en el caso de ser desatendida, su negativa podrá ser tomada en cuenta por el órgano que le juzgue en un futuro, y en lo referente a que mediante esa prueba puede averiguarse si la muestra dubitada que se cree del autor del delito pertenece a un familiar consanguíneo suyo.

Por tanto, es imprescindible poner en conocimiento del sujeto que va a consentir la toma de muestras, de manera clara y concluyente, los resultados que pueden derivar de la prueba, es decir, que el resultado de la misma podría incriminarle la autoría de determinados hechos presuntamente delictivos.

Hemos de precisar que, por otra parte, existe una carencia de regulación absoluta de ante qué personas debe prestar el consentimiento el sujeto del que se pretenda la obtención de muestras biológicas¹⁷¹. En aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, se entiende que será válido el consentimiento prestado tan solo ante la Policía, pero no existe mención alguna al respecto.

4.3.4.2 Obtención de muestras biológicas no aceptada voluntariamente por el sospechoso

4.3.4.2.1 Autorización judicial

En virtud de lo recién expuesto, somos conocedores de las distintas posibilidades de obtener muestras biológicas del sujeto, gracias al consentimiento del mismo. No obstante, hemos de centrarnos, en este momento, en el caso de que no exista tal consentimiento,

¹⁷¹ Como manifiesta DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 91, 2012.

cuál es el proceder para poder conseguir muestras biológicas en aras a la práctica de la prueba de ADN.

Pues bien, la autorización judicial suple la falta de voluntad del imputado o sospechoso para la toma de muestras¹⁷². Es decir, la intervención judicial para la obtención de muestras biológicas del sospechoso o imputado será necesaria, con carácter general, en el supuesto de que exista imputación judicial, salvo la posibilidad ya mencionada.

Concretamente, será precisa la autorización judicial en el supuesto en el que el sujeto esté imputado judicialmente y no exista consentimiento y/o ningún riesgo de desaparición o destrucción de las muestras. También será inexcusable la autorización judicial cuando la muestra debe obtenerse del cuerpo o, en general, afectando a la integridad o la intimidad del imputado¹⁷³. Así mismo deriva de la gran STC 207/1996, de 16 de diciembre, la cual expone, en su Fundamento Jurídico núm. 4 C), que, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad – y el derecho a la integridad, en la STC 37/1989 expusieron que era "*sólo posible por decisión judicial*", aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa, tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial. Por lo que, en primera instancia, existe, en cuanto a las intervenciones corporales, tal monopolio jurisdiccional.

La autorización judicial encuentra cabida en la LECrim en el artículo 363.2, precepto que determina que, siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, *en resolución motivada*, la obtención de muestras biológicas que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. Además, añade que, a tal fin, podrán practicarse bien sea actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal, en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así mismo, como ya hemos adelantado, la Disposición Adicional 3ª de la LO 10/2007, exige, en caso de no contar con el consentimiento del afectado, en todo caso, *autorización judicial mediante auto motivado* para la toma de muestras que requieran inspecciones,

¹⁷² Siguiendo a SALOM ESCRIVÁ, J.S., "Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras", en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 171 a 221.

¹⁷³ Según RICHARD GONZÁLEZ, M., *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Navarra, 2011, 472 págs.

reconocimientos o intervenciones corporales. Consecuentemente, en ambos casos, la problemática de falta de consentimiento se traslada al ámbito judicial para que lo solvente.

En este sentido se manifiesta la STS 685/2010¹⁷⁴, de 7 de julio, al expresar que, cuando la policía no cuente con la colaboración del acusado o este 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*.

Otro ejemplo jurisprudencial es la STS 179/2006¹⁷⁵, de 14 de febrero, en la que se precisa que, cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, lo que haría *precisa la autorización judicial*, y, añade que, es claro que la *resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical*, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y *este se opone a ello*. En tal hipótesis es *esencial la autorización judicial*. Debido a lo cual, podemos afirmar tajantemente la importancia que reside en la autorización en el ámbito de las intervenciones corporales.

A continuación, hemos de puntualizar que, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 13 de julio de 2005, se examinó si era suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada. La respuesta fue clara y es que *el art. 778.3 de la LECrim constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia*¹⁷⁶. Este artículo 778.3 permite al Juez acordar, cuando fuese necesario, que el médico forense u otro perito procedan a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho.

¹⁷⁴ STS 685/2010, de 7 de julio. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion-de-muestras-biologicas-para-determinacion-de-a.d.n.-criterio-jurisprudencial.pdf>

¹⁷⁵ STS 179/2006, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico núm. 3.2. Ponente: Jose Ramón Soriano Soriano. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion-de-muestras-biologicas-para-determinacion-de-a.d.n.-criterio-jurisprudencial.pdf>

¹⁷⁶ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 13 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-13-de-julio-de-2005-sobre-1-Autorizacion-judicial-para-extraer-muestras-para-analisis-de-ADN-a-detenido-2-Alcance-del-Art-313-1-del-C-P-entrada-clandestina-e-ilegal-analisis-de-ADN-a-una-persona-detenido-a-la-que-no-se-informa-de-su-derecho-a-noautoinculparse-y-que-carece-de-asistencia-letrada->

Por último, debemos volver a la redacción del precepto 363.2 de la LECrim, en cuanto a sus palabras, “*acreditadas razones que lo justifiquen*”, aquellas que deben concurrir para que pueda el Juez conceder su autorización judicial, se entiende que la toma de muestras de ADN es un medio de investigación de carácter subsidiario y que, si puede obtenerse el mismo resultado por otras diligencias, ha de acudir a ellas.

Del mismo modo, esa justificación se traduce en la posibilidad o probabilidad de determinar la presencia del imputado o sospechoso en determinado lugar por medio de la toma de muestras de ADN, lo que, dado que la finalidad de dicha prueba es precisamente esa, la justificación va implícita en la petición que se efectúa al Juez para que autorice dicha toma. Lo mismo ocurre con que esa justificación resulte “acreditada”. En la práctica se interesa la autorización judicial mediante escrito policial fundado en el que se exponen las razones de la petición y de la finalidad que se espera obtener¹⁷⁷. Por ende, la autorización judicial, como podemos ser conscientes ya, no es una decisión arbitraria del juez, si no que está supedito a la concurrencia de acreditadas razones que lo justifiquen, según los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

De manera que, para que la autoridad judicial pueda acordar la diligencia de toma de muestras y su análisis genético, deberá hacerlo en auto motivado que, en primer lugar, exprese las acreditadas razones que lo justifiquen, expresión que únicamente puede referirse a la necesidad de la diligencia para acreditar la autoría o participación en el hecho delictivo de quien aparece como sospechoso, detenido o investigado. En segundo lugar, deberá el juez efectuar un juicio de proporcionalidad entre la diligencia que se acuerda y el fin que se persigue, razonando que no haya otros medios para obtener aquel fin (necesidad), que la medida es adecuada al mismo (adecuación), y que no concurre desproporción entre la medida y el fin perseguido con la misma, atendiendo a la gravedad del delito (proporcionalidad en sentido estricto)¹⁷⁸. Tal y como hemos visto, el Juez está obligado a acordar aquella medida menos restrictiva conforme a los principios mencionados – proporcionalidad y razonabilidad – en un auto motivado en el que se contenga la fundamentación referidos.

¹⁷⁷ Según SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, págs. 171 a 221.

¹⁷⁸ Véase RAMÍREZ PEINADO, F., “Base policial de ADN y la autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 52, 2018.

4.3.4.2.2 La coacción física

Según lo predispuesto, el problema radica en el supuesto en el que el Juez hubiera acordado una medida de intervención personal para la obtención de muestras biológicas, a la que no se preste voluntariamente el imputado.

Esta falta de voluntad del sujeto para la toma de muestras biológicas indubitadas, una vez solicitada judicialmente, origina la necesidad de plantearnos cuestiones tales como si el sujeto pasivo puede ser constreñido a su cumplimiento para la toma coactiva de la muestra en contra de su voluntad. Y este aspecto es esencial, habida cuenta de que el empleo de la vis física o de la coerción puede afectar a derechos fundamentales previstos en la Constitución Española, como el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1), el derecho a la integridad física y a no sufrir tratos degradantes (art. 15) y el derecho a la intimidad personal (art. 18.1)¹⁷⁹. Por lo cual, debemos detenernos en el mismo.

Hemos de referirnos a dos periodos que divergen en cuanto a criterio dada la previsión legal existente en cada uno de ellos. Nos referimos a la situación previa a las reformas surgidas en 2015, es decir, la reforma operada en el Código Penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, así como la reforma de la LECrim mediante LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

En el primer período, e, incluso, con anterioridad a la reforma del año 2003, y dada la falta de una previsión legal en este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina se mostraban unánimes a la hora de negar la legitimidad del uso de la fuerza física para la toma de muestras de ADN. No obstante, ni la reforma del año 2003, ni posteriormente, la LO 10/2007 se pronunciaron expresamente al respecto, por lo que seguíamos a expensas del parecer de nuestros tribunales¹⁸⁰. La respuesta era sencilla, un no rotundo en lo referente a la coacción o al uso de la fuerza.

¹⁷⁹ De acuerdo con DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 91, 2012.

¹⁸⁰ Tal y como expresa ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada (1). La coactividad en la toma de muestras”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 102, 2013.

El razonamiento se basaba en que, ni la LECrim ni la LO 10/2007, recogían expresamente la posibilidad de acudir al empleo de la fuerza para tomar la muestra biológica, por lo que se entendía que no había cobertura legal suficiente¹⁸¹, así como a la posible inconstitucionalidad de la medida. Además de utilizar la inexistencia de una postura legislativa en la materia como fundamento, corroboraban su idea, incluso, a través de otros preceptos que excluyen tácitamente el empleo de la fuerza. La propia LECrim, en su artículo 391, párrafo tercero, manifiesta, en lo que se refiere a la formación de un cuerpo de escritura, establecida como diligencia de investigación que, el Juez podrá ordenar al procesado, *pero sin emplear ningún género de coacción*, que escriba en su presencia algunas palabras o frases, cuando esta medida la considere útil para desvanecer las dudas que surjan sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya.

En propias palabras del Alto Tribunal Constitucional, en su STC 107/2003¹⁸², de 4 de febrero, este impone la prohibición del uso de la *vis compulsiva*, al decir que, según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional *no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba*, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado». En este mismo sentido se posicionaba la STC 107/1985¹⁸³, de 7 de octubre, al expresar que *nadie puede ser efectivamente compelido, con vis física*, a la verificación de este tipo de análisis.

No podemos obviar la STC 37/1989, la cual se mostró tajantemente contraria al empleo de la coacción física, al establecer que, *«en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza*

¹⁸¹ Siguiendo a ACÓN ORTEGO, I., “La obtención coactiva de la muestra genética para la investigación criminal en España”, en *Revista Via Iuris*, N.º 29, 2020, págs. 183 a 202.

¹⁸² STS 107/2003, 4 de febrero. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

¹⁸³ STC 107/1985, de 7 de octubre, BOE núm. 265, de 05 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/487>. En contraposición a la idea fundamental de todas estas sentencias que inicialmente excluían la posibilidad del uso de la fuerza física, encontramos estados tales como Alemania, en los que, por ejemplo, una norma autoriza las extracciones de sangre u otras injerencias corporales por un médico sin consentimiento del acusado, tal y como expresa ABEL LLUCH, X., “Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial* (1ª edición), Madrid, 2011, págs. 113 a 143. En el mismo sentido, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Navarra, 2011, 472 págs., informa que la utilización de la coacción física está especialmente admitida en la Ley Federal de los Estados Unidos que autoriza cualquier medio «razonablemente necesario para detener, contener y recoger una muestra de ADN de un individuo que se niega a cooperar en la recogida de la muestra».

física», en caso de negativa de la inculpada a someterse a la ejecución de la intervención corporal por considerar este supuesto «*degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución*».

A partir de esta resolución se suscitó una interesante polémica doctrinal entre quienes apoyaban que la misma contenía una prohibición extensible a otros supuestos de intervención corporal, y entre quienes estimaban que dicha prohibición afectaba exclusivamente al supuesto en cuestión, una inspección ginecológica, pero que no cabía excluir de forma absoluta el uso de la *vis física*.

Sabemos que, para la práctica de análisis de ADN a partir de muestras biológicas, no es precisa una intervención tan intrusiva como la indicada, pues la misma se puede llevar a cabo con muestras mínimas consistentes en saliva, cabello o sangre. Pero incluso en estos casos menos «agresivos», el Tribunal Supremo ha sido proclive a la exclusión de dicha posibilidad¹⁸⁴, y de forma expresa en cuanto a las intervenciones corporales dirigidas a la obtención de muestras para realizar análisis de ADN, como hemos visto en los ejemplos del párrafo anterior.

Por otro lado, y, sobre esta cuestión, tampoco se podía acudir a la Recomendación núm. R (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, puesto que la misma, como comentamos en el primer apartado del presente trabajo, remite al derecho interno de los estados miembros ciertas cuestiones, como son las circunstancias en las que se han de obtener las muestras de ADN. De manera que, nada aporta al respecto, ya que no existe manifestación alguna en el derecho interno.

En este orden de cosas, hemos de avanzar hasta 2015 para encontrar preceptos que contengan previsiones expresas sobre el uso de la coacción física en caso de negativa de quien ha de someterse a la extracción de muestras biológicas. Sin embargo, con anterioridad a estas reformas, las dos propuestas de reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya contenían similares previsiones, aunque las mismas no vieran definitivamente la luz¹⁸⁵, y se acabasen materializando en estas dos reformas individuales.

¹⁸⁴ De acuerdo con ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en JIMENO BULES, M. y PÉREZ GIL, J., (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona, 2016, págs. 607 a 627.

¹⁸⁵ Ibid.

Encontramos así, por un lado, la introducción del art. 129 bis mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, que incorpora cierta modificación en el Código Penal en cuanto a los condenados penalmente, y, por otro lado, se modifica el artículo 520.6 c) de la LECrim, a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en este caso, en cuanto al detenido.

4.3.4.2.2.1 Sospechosos, detenidos o imputados

El artículo 520.6 c) de la LECrim establece, en su párrafo segundo que, si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Por tanto, del precepto se desprende la posibilidad del uso de medidas coactivas mínimas indispensables. Con todo, el empleo de medidas coactivas mínimas deberá considerarse excepcional y subsidiario atendiendo a la dignidad de la persona, de manera que, si es posible obtener las muestras por una vía distinta de la coacción física —así, una muestra abandonada en el lugar en el que presta declaración- garantizando la autenticidad de las mismas y su pertenencia a esa persona, deberá evitarse incluso la mínima coacción¹⁸⁶. De esta manera, se consigue una previsión garantista tanto para la sociedad como para el propio sujeto.

Es decir, la nueva previsión legislativa encuentra su justificación y puede tener perfecto acomodo en nuestra normativa sin entender vulneradas las garantías o exigencias constitucionales. Esto se debe a que, al no reconocer nuestro sistema la posibilidad de acudir a la ejecución forzosa de la toma de muestras, la autorización judicial para llevar a cabo el análisis de ADN terminaba siendo frustrada por la negativa del sujeto a la práctica de la diligencia, lo que daba cobijo a determinadas prácticas policiales de dudosa legalidad y constitucionalidad, que buscaban la obtención de muestras biológicas de

¹⁸⁶ Véase ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 128, 2017.

modo subrepticio, sin contar con el consentimiento del sujeto ni autorización judicial¹⁸⁷. Sin embargo, la habilitación del recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, garantiza que la negativa del sujeto no consiga obstruir el buen funcionamiento de la investigación penal ni se frustren los fines esenciales de nuestro Estado de Derecho. Además, es garantista para el propio sujeto pasivo, puesto que, como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, la prueba de ADN puede conferirse como una prueba de descargo que prueba la inocencia y elimina las sospechas que sobre el sujeto puedan recaer.

Antes de continuar, hemos de señalar dos cuestiones acerca de este precepto. Por un lado, tal y como expresa Acón Ortego¹⁸⁸, este precepto parece referido a un supuesto muy concreto: el detenido policial que, en presencia de su abogado, se niega a la práctica de la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal. Pero, la cuestión reside en que los supuestos en los que puede concurrir la negativa a una muestra de ADN son más amplios. Al igual que parece limitar la toma de muestras a la técnica del “frotis bucal”, siendo discutible que pudieran utilizarse otros métodos de extracción.

Este mismo autor, para dar respuesta a estos aspectos, se sirve de diferentes resoluciones judiciales. Entre otras, en el Auto de la Audiencia de León 850/2017, de 21 de julio, se legitima el uso de la fuerza para la toma de muestras a un sospechoso que no se encontraba detenido, es decir, que se hace uso del nuevo precepto entendiendo que la referencia al “detenido” no es limitadora de la posibilidad de acudir a una ejecución coactiva. Y, respecto al tipo de intervenciones corporales en las que cabe su ejecución forzosa, consideramos que parece que el legislador ha querido limitar esta posibilidad simplemente a la obtención de las muestras biológicas por medio de la saliva.

Por otro lado, mencionar simplemente que, en cuanto se refiere a la incorporación de esta nueva posibilidad de recurrir a las medidas coactivas mínimas indispensables, es decir, al uso de la fuerza, autores como Guridi¹⁸⁹ consideran que resulta sistemáticamente incomprensible que la referencia indicada se haya incorporado en el art. 520 de la

¹⁸⁷ Según ACÓN ORTEGO, I., “La obtención coactiva de la muestra genética para la investigación criminal en España”, en *Revista Via Iuris*, N.º 29, 2020, págs. 183 a 202.

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Véase ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en JIMENO BULES, M. y PÉREZ GIL, J., (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona, 2016, págs. 607 a 627.

LECrim, dando una nueva redacción a su apartado 6 relativo, nada menos, que al contenido de la asistencia del abogado al detenido o preso.

4.3.4.2.2.2 Condenados por delitos graves

Hemos de abordar también la materia referente a la coacción o al uso de la fuerza, en lo que atañe a la posibilidad de obtener muestras de una persona ya condenada, siempre y cuando sea por un delito grave, si se prevé incluir los identificadores de ADN en la base de datos policial de condenados por delitos graves.

Fue la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, la que, a través de la incorporación del ya mencionado artículo 129 bis, incorpora la posibilidad de imponer la ejecución forzosa de la toma de muestras biológicas, en determinados supuestos, bastante limitados.

Este nuevo art. 129 bis CP se sitúa dentro del Título VI, «De las consecuencias accesorias», lo cual, desde el punto de vista de su ubicación normativa y sistemática, se muestra a todas luces carente de justificación¹⁹⁰. Dado que este mismo precepto se refiere a la toma de muestras biológicas de los condenados para la incorporación de los perfiles de ADN en la denominada “base policial”, se considera que, lo razonable y adecuado hubiera sido, al mencionar a la base de datos prevista en la LO 10/2007, incluir en esta misma la referencia al uso de la coacción física.

Si analizamos el ámbito de aplicación de este precepto, es notoria la limitación que presenta el mismo, puesto que, la toma de muestras, la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN y la inscripción de los mismos en la base de datos policial, a las que el primero párrafo del artículo se refiere, están supeditadas a diversos requisitos.

En primer lugar, ha de existir una sentencia condenatoria contra el sujeto de la acción. En segundo lugar, la sentencia condenatoria ha de serlo en base a un delito grave de los que se relacionan en el mismo artículo – grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas –. Y, en tercer lugar, el juez ha de apreciar la existencia de un peligro relevante de reiteración

¹⁹⁰ Ibid.

delictiva, en función de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible.

En este caso, la obtención de la muestra se impone en la propia sentencia como una medida accesoria a la pena y con una finalidad distinta a la de investigar unos hechos ya cometidos, siendo esta la de prevenir, y, en su caso, facilitar la averiguación de futuros delitos. Consecuentemente, la obtención de muestras en este caso puede solicitarse después de la condena de una persona por unos hechos para cuya investigación no fue precisa la obtención de muestras. A diferencia de lo previsto para el detenido, en este caso, la autorización judicial no vendrá a sustituir el consentimiento del condenado, pues será la propia sentencia de condena la que impondrá la medida. En todo caso, sigue siendo necesario que la adopción de esta medida se realice por resolución judicial – en tanto supone una intervención leve en el derecho fundamental a la integridad física –, y que en esa resolución (sentencia de condena) se razone sobre la concurrencia de los presupuestos para su adopción¹⁹¹.

Insistiendo en lo dicho en los párrafos anteriores, y de conformidad con los preceptos analizados, no hay lugar a dudas de que el uso de la fuerza para la identificación genética del sujeto pasivo a través de la toma de muestras salivares es completamente lícito dada la cobertura legal existente que lo garantiza.

4.4 LA CADENA DE CUSTODIA

La obtención de muestras biológicas y su posterior análisis sin la correspondiente cadena de custodia de estas sería ineficaz en el proceso penal. La cadena de custodia del material biológico recogido es un requisito fundamental que debe preservarse escrupulosamente desde que se recogen las muestras hasta su análisis final. De esta manera, nos aseguraremos de que no existe duda alguna de que los vestigios objeto de análisis pertenecen al sospechoso. Ha de asegurarse esta misma ya que, en caso contrario, tendrá consecuencias perjudiciales en la valoración de la prueba de ADN.

Hoy en día, no existe en España una regulación jurídico procesal adecuada sobre la cadena de custodia de las pruebas, si bien siempre estuvo en la mente del legislador regularlo,

¹⁹¹ En líneas de ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 128, 2017

como así se plasmó en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, a pesar de que este texto jurídico nunca vio la luz, ni se mantuvo en el posterior anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, así como tampoco se incorporó en las últimas reformas de la LECrim¹⁹². Por ello, como veremos a continuación, la doctrina y la jurisprudencia han sido las encargadas de desarrollar este concepto, otorgando su propio concepto.

A pesar de la inexistencia de una previsión legal expresa, podemos tener en cuenta ciertos preceptos de la LECrim que se refieren a esta cadena de custodia o a términos similares. Por ejemplo, el propio art. 326.3 establece que (...) *adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad*. Otros artículos que norman en la misma dirección son el art. 730.3^a al manifestar que la Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial o el art. 330 al referirse: (...) *procediendo seguidamente a recoger y consignar en el sumario las pruebas de cualquiera clase que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito*.

De los anteriores enunciados se deduce que, en la recogida de muestras, la LECRIM establece una amplia variedad de preceptos normándolos de una forma dispersa, incompleta y reiterativa, que pone de manifiesto una deficiente regulación al no definir el modo, los medios y la forma en que deben realizarse estas operaciones, limitándose a ordenar a la Policía Judicial o Médico Forense a que las realice¹⁹³. Lo conveniente sería encontrar un texto legal que recogiese de forma completa y ordenada tales extremos, sobre todo, por la importancia que tiene la cadena de custodia en el proceso dada su vinculación con el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

No solo encontramos referencias en la LECrim, si no que, por otro lado, igualmente, la LO 10/2007, determina que la Policía Judicial adoptará *todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia*.

¹⁹² Tal y como expresa LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, Madrid, 2019, 197 págs.

¹⁹³ Ibid.

Cabe citar la Orden JUS/1291/2010¹⁹⁴, de 13 de mayo, 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 que, en su artículo 29, establece las normas generales de actuación para la recogida de las muestras que sirven de aplicación para preservar esta cadena de custodia. El Real Decreto 1977/2008¹⁹⁵, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, al cual ya nos hemos referido previamente, en su artículo 3, encomienda a la Comisión Nacional, entre otras funciones, la elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, así como la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia.

Según López Valera¹⁹⁶, podemos considerar la cadena de custodia como el procedimiento de garantía-control de la prueba de ADN, de tracto sucesivo y documentado de forma personal, que se aplica a los vestigios biológicos relacionados con el delito en cuatro fases sucesivas, que son: primera, localización, hallazgo y recogida, segunda, análisis, tercera, tratamiento, y cuarta, puesta a disposición judicial para su valoración, depósito o destrucción, ajustando este procedimiento a criterios de licitud y fiabilidad, evitando en todo momento su contaminación y deterioro, de forma que permita siempre la verosimilitud de esta prueba en el proceso penal.

De igual modo, según la STS 607/2012¹⁹⁷, de 9 de julio, la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico, con el fin de identificar plenamente el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge en el lugar del delito hasta el momento final en que se estudia, y en su caso, se destruye.

¹⁹⁴ Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, 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. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-8030.

¹⁹⁵ Real Decreto 1977/2008¹⁹⁵, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-19992>.

¹⁹⁶ De nuevo LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, Madrid, 2019, 197 págs.

¹⁹⁷ STS 607/2012, de 9 de julio. Ponente: Julián Sánchez Melgar. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf.

Por tanto, desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico procesal, la cadena de custodia 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 factible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba.

Consecuentemente, las condiciones que garantizan la autenticidad de la recogida, custodia y examen consisten, a grandes rasgos, en, primero, garantizar que desde el hallazgo del vestigio hasta que se realizan los análisis oportunos del mismo en el laboratorio deben adoptarse medidas que aseguren la identidad de la muestra, debiendo dejar constancia o traza de todos los pasos que se han ido dando con la misma, incluidas las personas que han intervenido, y han podido estar en contacto con la muestra en cada uno de ellos y, segundo, ha de prevenirse la contaminación de la muestra o vestigio, lo que puede ocurrir por la interferencia de agentes externos o ambientales, preexistentes, coetáneos o posteriores a la generación del vestigio¹⁹⁸. De manera que se trata de conocer e identificar en todo momento la ubicación, guarda y estado de las muestras objeto de examen.

En definitiva, lo que se interpreta de tales consideraciones es que la cadena de custodia se erige como procedimiento que garantiza y controla que las muestras biológicas de ADN puedan constituirse como pruebas en el proceso penal por concurrir las condiciones de licitud y fiabilidad en las mismas, es decir, que su conservación y análisis se produzcan en condiciones que garanticen su autenticidad y puedan servir para fundamentar la culpación o exculpación del sujeto. Tal y como expone el Tribunal Supremo en su STS 1190/2009¹⁹⁹, de 3 de diciembre, a través de la cadena de custodia se satisface la garantía de lo que ha denominado «la "mismidad" de la prueba».

Es verdaderamente importante atender a cómo la cadena de custodia y, concretamente, la rotura o irregularidades en esta, pueden afectar a la fiabilidad de la prueba de ADN en el proceso penal. Esto se debe a que, en tenor de la STC 170/2003, de 29 de septiembre, en

¹⁹⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, en *Diario La Ley*, N.º 8213, 2013.

¹⁹⁹ STS 1190/2009, de 3 de diciembre. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf.

nuestro sistema jurídico procesal, la cadena de custodia 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.

Llegados a este punto, hemos de diferenciar entre las meras irregularidades y los defectos formales y los supuestos de grave alteración o contaminación²⁰⁰. En los primeros supuestos, los vicios en la cadena de custodia pueden no suponer la ruptura de esta, atendiendo al caso concreto, la STS 339/2013²⁰¹, de 20 de marzo, señala que no se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Continúa diciendo que habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. A lo que finalmente añade, que, estas pequeñas irregularidades no equivalen a nulidad. Es decir, en estos casos no se ve afectada la autenticidad o mismidad, siempre que no vayan acompañadas de irregularidades de mayor importancia.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo en su STS 682/2017²⁰², considera que la irregularidad de la *cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno*. En todo caso, esto vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa, y, en segundo lugar, 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. Además, concreta que la cadena de custodia tiene un carácter meramente instrumental, es decir, que tan solo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada.

Este segundo caso es el que se refiere a supuestos de alteración grave, contaminación, destrucción o pérdida de muestras, que, cuando se comprueban deficiencias en la

²⁰⁰ Tal y como expresa LEAL MEDINA, J. “Ruptura de la Cadena de custodia y desconexión con las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, en *Diario La Ley*, N.º 8846, 2016.

²⁰¹ STS 339/2013, de 20 de marzo. Ponente: Antonio del Moral García

²⁰² STS 682/2017, de 18 de octubre. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía la convierta en nula, sino porque su autenticidad queda cuestionada²⁰³. En este caso, existe incertidumbre sobre el lugar y las personas por las que las muestras han transitado. Y, según Gutiérrez Sanz²⁰⁴, hemos de plantearnos la posible quiebra de la cadena de custodia cuando las irregularidades generen dudas sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de pericia.

A modo de ejemplo, la SAP de Barcelona 1009/2004²⁰⁵, de 29 de octubre, señala que para que se pueda apreciar una ruptura en la cadena de custodia ha de existir un error a lo largo del proceso de la instrucción que *permita que terceros puedan manipular o destruir el objeto de la pericia*, actuando fuera del alcance o control judicial, y *provocando una alteración sobre el resultado natural de la prueba a practicar*.

De modo que, a pesar de la posible comisión de algún error, ello no da lugar, por sí solo, a que sea considerado como razón suficiente para invalidar los análisis y sus resultados como fuentes de prueba. En consonancia con esta idea, hemos de señalar que, en palabras del Tribunal Supremo, en su STS 709/2013²⁰⁶, de 10 de octubre, la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe *exigirse la prueba de su manipulación efectiva*. De manera que, se entiende que una simple sospecha no logra acreditar la contaminación de las pruebas, es necesario demostrar que es tal y como señalan.

De nuevo, en este sentido se pronuncian la, *supra mencionada* STS 709/2013, y 680/2011 al reflejar que hasta tanto no se demuestre lo contrario- no se olvide que quien aduzca la irregularidad debe probarla- las actuaciones en el curso de una investigación policial o judicial, deben reputarse legalmente efectuadas.

De manera que, para entender que efectivamente se ha preservado la cadena de custodia, la misma, debería reflejarse documentalmente con las firmas de las personas competentes

²⁰³ STS 339/2013, de 20 de marzo. Ponente: Antonio del Moral García.

²⁰⁴ De acuerdo con GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Pamplona, 2016, págs. 137.

²⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1009/2004, de 29 de octubre, Fundamento Jurídico núm. 4. Ponente: Víctor Manuel Fernández González.

²⁰⁶ STS 709/2013. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

en cada entrega de la muestra²⁰⁷. Así nos permite garantizar la autenticidad e incolumidad de las muestras biológicas analizadas y, por tanto, la fiabilidad de los resultados obtenidos²⁰⁸, que es lo que trata de lograr la correcta defensa de la cadena de custodia.

En suma, la consecuencia de apreciar una ruptura de la cadena de custodia no será la nulidad de la prueba, ya que, como hemos comentado, la prueba no afecta a ningún derecho fundamental, si no que la consecuencia sería la cuestionable fiabilidad de la prueba. Por ello, se habrá de prescindir de la prueba cuando existan deficiencias en su cadena de custodia, ya que, si no es clara la autenticidad y *mismidad* de esta, su valoración podría dar lugar a una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

4.5 VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN

Ya adelantamos en el capítulo tres del presente texto que la naturaleza de la prueba de ADN diverge según en la fase en la que nos encontremos. Por un lado, la muestra de ADN recogida, se considera prueba preconstituida en tanto en cuanto no presenta facilidad para ser reproducida directamente en el juicio oral. Y, por otro lado, los análisis periciales serán los que, en el juicio oral, sean sometidos a contradicción y se instituyan como prueba. Precisamente, como hemos defendido previamente, apoyándonos en doctrina y jurisprudencia, la prueba de ADN se considera una prueba pericial, más concretamente, una prueba pericial científica.

La identificación del perfil genético y cotejo de las muestras se aportarán al juicio oral mediante un informe pericial en el que se contendrán las técnicas y resultados obtenidos. Esta pericia podrá constituir prueba de cargo para la atribuir los hechos a una persona determinada. A ese fin, los dictámenes periciales deberán ser ratificados y sometidos a contradicción en el juicio oral para poder ser valorados como prueba. Aunque, esta clase de informes podrán ser valorados como prueba, si las partes no los impugnan

²⁰⁷ Según SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Valencia, 2009, 243 págs.

²⁰⁸ Véase ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Valencia, 2018, 748 págs.

expresamente²⁰⁹, no siendo esta la única opción puesto que también podría solicitar un contraanálisis realizado por otro laboratorio.

Una vez recordados tales extremos, procedemos a analizar la valoración que recibe la prueba de ADN. La última fase se refiere a la presentación ante el Juez o Tribunal del informe pericial relativo a esta prueba, con la que culmina este proceso, y, de nuevo, aparece ligado a una serie de dificultades, derivadas del desconocimiento técnico de los operadores jurídicos y la ausencia de previsiones legales específicas al respecto.

Hemos de insistir en que, la actividad probatoria y su valoración judicial, están atribuidas por entero al Tribunal sentenciador, al albur de su libre apreciación, por lo que su conocimiento exige de unos parámetros serios y fiables para su eficacia jurídica. Resulta pues imprescindible, no solo analizar el mayor número de poliformismos de la muestra y conocer las regiones examinadas, sino su comparación con los resultados extraídos del inculcado o de la víctima. De manera que, si los patrones analizados no se corresponden ni coinciden con el individuo comparado, pues la prueba de ADN no deberá tener ningún efecto inculcatorio, procediéndose, salvo que directamente concurren otras pruebas que determinen lo contrario, a la absolución del individuo y, por el contrario, si se corresponden, entonces el Juzgador tendrá que valorarla en conciencia, calibrando la alta probabilidad que existe cuando se da la coincidencia de dichos patrones, y su incidencia por su intensidad y singularidad, en el régimen de la prueba²¹⁰. Como vemos, los resultados de los análisis de ADN arrojan diferentes direcciones en cuanto a la valoración que realizan el Juez o Tribunal.

No obstante, la cuestión resulta compleja cuando el perito utiliza métodos y resultados plenamente acreditados por las ciencias, ya que, en ese caso el juez no puede desatender el dictamen basándose simplemente en su propia convicción. Cuando en el dictamen se manejan tesis de las ciencias naturales, la libre valoración del juez queda limitada, pues el juez no puede separarse de las indicadas tesis²¹¹. Hay ciertas cuestiones

²⁰⁹ De acuerdo con RICHARD GONZÁLEZ, M., “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculcados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, Madrid, 2011.

²¹⁰ Véase LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal de ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, N.º 8190, 2013.

²¹¹ De acuerdo con SOTO RODRÍGUEZ, M. L., “El ADN como identificador criminal en el sistema español”, en *Diario La Ley*, N.º 8274, 2014.

incontrovertibles para la ciencia, que, de ninguna manera, permiten que, en aplicación del principio de libre valoración, el juez pueda despreciar y contradecir estas.

Hemos de atender a la valoración que recibe la prueba de ADN en cuanto a prueba directa o prueba indirecta o indiciaria. En función de la consideración que reciba la prueba, esta misma podrá servir, si se trata de una prueba directa como fundamento de la sentencia, ya sea de condena o absolutoria, o, en caso contrario, deberá ir acompañada de otras pruebas para motivar la decisión tomada.

Según Iglesias Canle²¹², la prueba genética dará lugar en el proceso penal, mediante las conclusiones presentadas por los peritos, a un indicio probatorio que el juzgador habrá de valorar razonando expresamente en la sentencia tanto los motivos que le llevan a considerar probado, en su caso el indicio –esto es, la valoración del propio informe pericial –como el hecho que considera probado con base en tal indicio– y, en este último caso, haciendo mención de las razones de su convicción y, así, su valoración en conjunción con otros indicios.

Por tanto, se considera que participa de la naturaleza de prueba indirecta, pues no acredita por sí misma el juicio de autoría, pero de su resultado se infieren datos sustanciales para el esclarecimiento de la participación del acusado, ya que acreditan la identificación del mismo en el lugar de los hechos de forma indubitada, o su directa relación con el objeto del proceso²¹³, por lo que, atendiendo al delito en el que nos encontremos y, en consonancia con el resto de indicios, se consideran un punto de partida fundamental para guiar la investigación y valorar el resto de elementos.

Es apreciable como, ni su valor es absoluto, en combinación con el resto de las pruebas practicadas, ni su inexistencia se configura como salvaguarda para la absolución²¹⁴. Tal y como se dice en la STS 1060/2005²¹⁵, de 29 de julio, *el resultado negativo de la prueba de ADN no acredita la inocencia del recurrente*, o, en la STS 471/2004²¹⁶, de 12 de abril, la cual establece: *lo único que podemos concluir válidamente es que, esas huellas*

²¹² IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, 2003, 170 págs.

²¹³ Tal y como expresa SÁNCHEZ MELGAR, J., “La prueba de ADN: pronunciamientos de la jurisprudencia”, en *Diario La Ley*, N.º 7720, 2011.

²¹⁴ Ídem.

²¹⁵ STS 1060/2005, de 29 de julio. Ponente: Joaquín Giménez García.

²¹⁶ STS 471/2004, de 12 de abril. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

genéticas, no se corresponden con las del acusado. Ahora bien, no se puede olvidar que los jueces ciudadanos que formaban parte del jurado, dieron por probado que intervinieron más personas, por lo que solamente sirve para descartar la identificación por los elementos orgánicos, pero para nada interfieren en la declaración de participación del recurrente.

En este orden de cosas, traemos a colación diversos pronunciamientos que nos permiten entender el carácter indiciario de la prueba de ADN y cómo esta es valorada por jueces y magistrados. Según el Tribunal Constitucional, y como manifiesta en su STC 24/1997²¹⁷, de 11 de febrero, las pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia han de partir de hechos plenamente probados y los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria.

Además, la STS 1489/2006²¹⁸, de 21 de febrero, expone que, tanto el TC, como esa misma Sala (el propio Tribunal Supremo), han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria. No obstante, determinan que la actividad probatoria no puede ser cualquier, sino que debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Los requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria son: que los indicios sean plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito.

De manera que, por todo lo anterior y aprovechando la STS 607/2012²¹⁹, de 9 de julio, la prueba de ADN debe ser entendida como una *prueba de valoración libre, la cual no goza,*

²¹⁷ STC 24/1997, de 11 de febrero. BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3289>

²¹⁸ STS 1489/2006, de 21 de febrero.

²¹⁹ STS 607/2012, de 9 de julio. Ponente: Julián Sánchez Melgar. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf.

en principio, de mayor relevancia inculpatoria que el resto de acervo probatorio con los que cuente el Tribunal, si bien tiene un alto valor convictivo en función de su fiabilidad.

En pocas palabras, la prueba de ADN constituye una prueba pericial que no tiene carácter vinculante ni absoluto, a pesar de considerarla como un indicio de alta fiabilidad y utilidad. Su gran certeza científica permite acreditar el grado de probabilidad estadística en que una dubitada se corresponde con otra muestra indubitada. Les corresponde a los tribunales el juicio jurídico de la veracidad e incidencia de los hechos delictivos en función de la certeza o fiabilidad que desprende la prueba de ADN.

Por último, y de forma muy breve, comentar que no surtirán efecto y se dictará la nulidad de aquellas pruebas que, en líneas de la STC 114/1984²²⁰, de 29 de noviembre, se adquieran como consecuencia de afectación de los derechos fundamentales, debido a la posición superior de estos, por lo que no podrán ser valoradas en el proceso.

5. CONCLUSIONES

I.- La trascendencia del uso de la prueba de ADN en el proceso penal no se ha visto acompañada de una legislación a la altura, puesto que, esta última, resultó tardía, incompleta y repartida por diferentes textos legales. Esta situación supuso que la jurisprudencia y doctrina tratasen de colmar las problemáticas que iban surgiendo, lo que, a su vez, dio lugar a numerosas contradicciones que ponían de manifiesto la inseguridad jurídica existente alrededor de la prueba de ADN. Resulta incomprensible, por tanto, la actuación de los legisladores de ir introduciendo pequeños fragmentos al respecto en diferentes cuerpos normativos, lo cual sigue siendo objeto de discusión hoy en día, y no dar luz, finalmente, al Código Procesal Penal que podría poner fin a las diversas lagunas jurídicas.

II.- La práctica de la prueba de ADN incide extensamente en la esfera de los derechos fundamentales de las personas. Entre otros derechos, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, se han analizado y se ha justificado como no se ven afectados por la práctica de esta prueba. No obstante, discrepar es oportuno si consideramos que, aunque someterse a la toma de muestras no consista en una declaración

²²⁰ STC 114/1984, de 29 de noviembre. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/367>.

en sí misma, un resultado coincidente a partir del análisis del ADN daría lugar a una prueba de cargo, difícil de debatir y contrargumentar por parte de la defensa, de modo que podría entenderse que se atenta contra estos derechos y que no existe una defensa plena.

III.- Respecto al derecho a la intimidad, una nueva concepción de este mismo, en cuanto a su vertiente genética, es decir, el derecho a la intimidad genética, debería ser dotado de cierta autonomía puesto que, por los avances científicos y la información tan sensible que permite conocer un análisis de ADN, es necesario establecer los límites y medios necesarios para garantizar su respeto y protección.

IV.- Los derechos fundamentales deben ser regulados mediante Ley Orgánica, y, como se desarrolla en párrafos anteriores, la realización de intervenciones corporales que puedan limitar estos derechos debe posibilitarse, también, a través de una Ley Orgánica, lo que hemos denominado *supra*, siguiendo al TC, como reserva de ley. De esta manera, dado que la única previsión normativa al respecto la encontramos en el art. 363 de la LECrim, en cuanto a la determinación del perfil de ADN, podrán llevarse a cabo estas intervenciones corporales, siempre y cuando estén dirigidas a tal fin, y, en este orden de cosas, cabe posicionarse de forma contraria a la idea de que una resolución judicial motivada colme la falta de regulación legal para realizar cualquier otro tipo de intervención corporal.

V.- Podría considerarse de dudosa lógica la recogida de muestras abandonadas, con apenas limitaciones o requisitos, es decir, de manera arbitraria por parte de la Policía Judicial, sin necesidad de autorización judicial, cuando se recogen, en numerosas ocasiones, de sujetos simplemente sospechosos en base a meras suposiciones policiales, si lo ponemos en contraposición con la necesidad de asistencia letrada en los supuestos de toma de muestras a un detenido, ya que, en este último caso, sí existen indicios de criminalidad. Sin embargo, se fundamenta en la condición de *res nullius* de las muestras abandonadas, por un lado, y, en la incidencia que tiene esta prueba de ADN y sus resultados en los derechos fundamentales del detenido.

VI.- Uno de los mayores problemas que plantea la práctica de la prueba de ADN coincide con la necesidad de colaboración y consentimiento del sujeto objeto de la práctica, por la vulneración que podría provocar la práctica en ausencia de la voluntad del sujeto. A pesar

de que pueda valorarse como un indicio en contra la negativa a la toma de muestras, la ausencia de consentimiento podría impedir el funcionamiento de la investigación penal por lo que, la autorización judicial es la que entra en juego para impedir una posible obstrucción ilegítima.

VII.- En cuanto al empleo del uso de la fuerza física o coacción, señalar lo conveniente que ha resultado su introducción, pues supone una habilitación legal para ello. Sin embargo, es criticable su ubicación en el Título VI, «De las consecuencias accesorias», puesto que lo razonable hubiera sido agruparlo con otros preceptos que se refiriesen también a la práctica de la prueba de ADN, como podría haber sido en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. No obstante, ha resultado de gran utilidad, puesto que, de no existir esta habilitación, los sujetos nunca consentirían la toma de muestras biológicas y quedaría en sus manos el transcurso del proceso. Si ni siquiera la autorización judicial fuese suficiente y no hubiese otro medio para imponer la toma de muestras, se dificultaría, e incluso, impediría impartir justicia y la búsqueda de la verdad.

VIII.- La vital importancia que presenta la cadena de custodia en torno a la fiabilidad de la prueba de ADN, hace necesaria una regulación al respecto que precise las fases, técnicas y exigencias ineludibles para que esta cadena de custodia se cumpla de forma rigurosa y válida, y, así, sea adecuada y respetuosa con los derechos fundamentales, de lo cual carecemos en la actualidad.

IX.- Finalizar, pronunciándonos, de forma genérica, sobre el hito que supone la prueba de ADN en el proceso penal. Gracias a la incorporación de esta se ha conseguido resolver casos penales con una eficacia y certeza de altísimo grado, ya que se trata de una herramienta científica de alta precisión en cuanto a la identificación de delincuentes. De esta forma, ha permitido reducir las posibilidades de error judicial y fortalecer, e incluso incrementar, la confianza pública en el sistema jurídico.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEL LLUCH, X., “Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial* (1ª edición), La Ley, Madrid, 2011.
- ACÓN ORTEGO, I., “La obtención coactiva de la muestra genética para la investigación criminal en España”, en *Revista Via Iuris*, N.º 29, 2020, págs. 183 a 202.
- ALCOCEBA GIL, J.M., *El Análisis Genético Forense en el Proceso Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ALONSO ALONSO, A., “ADN y proceso penal en España. La labor de la comisión nacional para el uso forense del ADN”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada (1). La coactividad en la toma de muestras”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 102, 2013.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La protección del derecho a la intimidad en la toma de muestras de ADN a fines de investigación penal”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, N.º 1, 2017, págs. 48 a 62.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La prueba pericial de ADN”, en PICÓ I JUNOY, J., (Director), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona, 2017, págs. 455 a 463.
- ÁLVAREZ DE NEYRA, S., “La prueba pericial de ADN”, en PICÓ I JUNOY, J. y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coords.), *Peritaje y prueba pericial* (1ª edición), Barcelona, J.B. Bosch, 2017.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 128, 2017.
- ARMENTEROS LEÓN, M., “Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 3, 2007, págs. 1882-1896.

- CABEZUDO BAJO, M. J., “Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España”, en PÉREZ GIL, J., (Coordinador), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.
- CARRACEDO ÁLVAREZ, A., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CARUSO FONTÁN, M. V., “Base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética”, en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 15, N.º 1, 2012, págs. 135 a 167.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, en *Diario La Ley*, N.º 8213, 2013.
- CORTÉS BECHIARELLI, E. “Panorama legislativo de la prueba de ADN en España: Consideraciones críticas”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- COSPEDAL GARCÍA, R., “Laboratorios acreditados. Un aval de confianza en las pruebas periciales de ADN”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 2006, págs. 1746-1751
- DE AGUILAR GUALDA, S., *La prueba en el proceso penal: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2017.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “La protección constitucional del vello. STC 207/1996, de 16 de diciembre”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º 54, 2006, págs. 385 – 406.
- DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 91, 2012.
- DEL VAS ATAZ, H.D., “ADNIC: ADN de interés criminal. Generalidades, sustentación y problemática de la base”, en *Revista del Instituto universitario de investigación sobre seguridad interior*, 2009.
- DOLZ LAGO, M. J., “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*, N.º 7774, 2012.

- DOLZ LAGO, M. J., “ADN y Derechos fundamentales”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en JIMENO BULES, M. y PÉREZ GIL, J., (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “La prueba de ADN en el futuro proceso penal español”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FIGUEROA NAVARRO, C., “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN” en *La Ley Penal*, N.º 54, 2008, págs. 1 a 3.
- FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 84, 2011.
- FIGUEROA NAVARRO, M. C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 84, 2011.
- FRÍAS MARTÍNEZ, E., “ADN y privacidad en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, N.º 8160, 2013.
- GÓMEZ AMIGO, L., “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1)”, en *Diario La Ley*, N.º 8324, 2014.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Aranzadi Pamplona, 2016.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, C., “La comisión nacional para el uso forense del ADN”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 84, 2011.
- IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.
- LEAL MEDINA, J. “Ruptura de la Cadena de custodia y desconexión con las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, en *Diario La Ley*, N.º 8846, 2016.

- LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal de ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, N.º 8190, 2013.
- LIBANO BERISTAIN, A., “Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 38, 2016.
- LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, Dykinson, Madrid, 2019.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. V., “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 3, N.º 1, 1995, págs. 225 a 234.
- MAGRO SERVET, V., “El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de una base de datos de ADN”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 1, 2007, págs. 1824 a 1835.
- MARDARAS AGINAKO, A., “La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía. Comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año N.º 35, N.º 105, 2015, págs. 294-309.
- MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, en *La Ley Penal*, N.º 46, 2008.
- MARTÍN PASTOR, J., “Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: la recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, en PÉREZ GIL, J., (Coordinador), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- MESTRES NAVAL, F. y VIVES REGO, J., “La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): aspectos científicos, periciales,

- procesales, sociales y éticos”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 61, 2009.
- MORENO CATENA, V., “La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal” en DE MIGUEL HERRÁN, I. (con VV.AA.), *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales, Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.
- PÉREZ CEBADERA, M. A., “Cuestiones prácticas sobre el ADN: La toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RAMALLO MACHÍN, A. C., “ADN: aproximación a los alcances y límites de la prueba”, en *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, Vol. 22, 2018, págs. 249 a 273.
- RAMÍREZ PEINADO, F., “Base policial de ADN y la autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 52, 2018.
- RAMOS ALONSO, J. V., “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”, en *Diario La Ley*, N.º 7364, 2010.
- RAMOS RUBIO, C., “La prueba ilícita y su reflejo en la Jurisprudencia”, en *Manuales de formación continuada*, N.º 12, 2000, págs. 15 a 74.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., (Director), *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, La Ley, Madrid, 2011.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “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 el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, en *Diario La Ley*, N.º 8445, 2014.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- RIVERO SANTANA, V., “La repercusión de las pruebas de ADN en el procesamiento y en la determinación probatoria”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 67, 2022, págs. 51 a 89.

- ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “La prueba de ADN: pronunciamientos de la jurisprudencia”, en *Diario La Ley*, N.º 7720, 2011.
- SEOANE, J. A., “Lex Artis”, en *Anuario de filosofía del derecho*, N.º 38, 2022, págs. 275-300.
- SOLETO MUÑOZ, H., “Afectación de derechos en las fases de la prueba de ADN”, en JIMENO BULES, M. y PÉREZ GIL, J., (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SOTO RODRÍGUEZ, M. L., “El ADN como identificador criminal en el sistema español”, en *Diario La Ley*, N.º 8274, 2014.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales (1)”, en *Diario La Ley*, N.º 8283, 2014.

7. REFERENCIAS ONLINE

- “Biography of Professor Sir Alec Jeffreys”. Disponible en: <https://le.ac.uk/dna-fingerprinting/biography>.
- “La huella de ADN cumple 25 años”, 2009. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/ciencia_tecnologia/2009/09/090910_huella_adn_men.
- “The Nobel Prize in Chemistry 1993” Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/1993/summary/>.
- “The Nobel Prize in Physiology or Medicine 1962”. Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/1962/summary/>.
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 13 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-13-de-julio-de-2005->

sobre--1--Autorizacion-judicial-para-extraer-muestras-para-analisis-de-ADN-a-detenido---2--Alcance-del-Art--313-1--del-C-P---entrada-clandestina-e-ilegal-analisis-de-ADN-a-una-persona-detenido-a-la-que-no-se-informa-de-su-derecho-a-noautoinculparse-y-que-carece-de-asistencia-letrada-.

- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-31-de-enero-de-2006--sobre--1--Prueba-de-ADN---2--Unificacion-de-doctrina-en-materia-de-Vigilancia-Penitenciaria---3--Cuestiones-de-competencia-negativa-en-relacion-con-el-Art--15-bis-de-la-LECrim->.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, de 26 de diciembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2012-00002>.
- Directiva (UE) 1026/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 marzo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80440>.
- Instrucción núm. 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10048300535.
- LO 2/1986, de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-6859>.
- Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, 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. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-8030.
- Real Decreto 1977/2008[1], de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-19992>.
- Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial artículo 4. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-14578>.
- Recomendación N.º R (92) 1 del Comité de ministros del Consejo de Europa, sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal. Disponible en:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e54f7>.

- Resolución del Consejo de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001G0703%2801%29&from=ES>.
- Resolución del Consejo de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y0624%2802%29&from=ES>.
- SPARROW, T. “El primer condenado a muerte que se salvó por su ADN”, 2013. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131119_eeuu_bloodsworth_callejon_muerte_adn_tsb.

8. JURISPRUDENCIA UTILIZADA

- SAP de Barcelona 1009/2004, de 29 de octubre de 2004.
- STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.
- STC 103/1985, de 4 de octubre de 1985.
- STC 107/1985, de 7 de octubre de 1985.
- STC 37/1989, de 15 de febrero de 1989.
- STC 207/1996, 16 de diciembre de 1996.
- STC 24/1997, de 11 de febrero de 1997.
- STC 107/2003, de 4 de febrero de 2003.
- STC 25/2005, de 14 de febrero de 2005.
- STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011.
- STC 199/2013, de 5 de diciembre de 2013.
- STS 1701/1992, de 13 de julio de 1992.
- STS 2461/2001, de 18 de diciembre de 2001.
- STS 471/2004, de 12 de abril de 2004.
- STS 501/2005, de 19 de abril de 2005.
- STS 1060/2005, de 29 de julio de 2005.

- STS 1311/2005, de 14 de octubre de 2005.
- STS 179/2006, de 14 febrero de 2006.
- STS 1489/2006, de 21 de febrero de 2006.
- STS 1190/2009, de 3 de diciembre de 2009.
- STS 151/2010, de 22 de febrero de 2010.
- STS 685/2010, de 7 de julio de 2010.
- STS 827/2011, de 5 de octubre de 2011.
- STS 827/2011, de 25 de octubre de 2011.
- STS 1367/2011, de 20 de diciembre de 2011.
- STS 607/2012, de 9 de julio de 2012.
- STS 339/2013, de 20 de marzo de 2013.
- STS 709/2013, de 10 de octubre de 2013.
- STS 682/2017, de 18 de octubre de 2017.