



TRABAJO
DE FIN
DE
GRADO

EL ANÁLISIS DE ADN EN EL PROCESO PENAL:
LA TOMA SUBREPTICIA DE MUESTRAS
BIOLÓGICAS.

Grado en Derecho.

Curso 2015-2016. Convocatoria de junio.

Claudia Cartaya Expósito.

DNI: 51147962 X

Director: D. Tomás López-Fragoso Álvarez,
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de
La Laguna

Resumen.

El ADN es la molécula portadora de toda la información genética que dota a un organismo de sus características biológicas. Desde 1986 la comparación entre el resultado obtenido del análisis del ADN de una muestra dubitada y el de una indubitada, en el marco de un proceso penal, ha adquirido cada vez mayor relevancia. Ciertamente es que no son pocas las ventajas que el uso de dicha molécula, como fuente de una prueba pericial científica, ha aportado a la justicia criminal, sin embargo, tampoco son pocos los inconvenientes. Entre los problemas inherentes a su uso que aún no han sido resueltos con claridad se encuentra el que ahora nos ocupa, que es el relativo a si para la recogida y/o análisis de las muestras biológicas abandonadas por el sospechoso es necesario que medie autorización judicial. Como veremos, la solución no es sencilla y no está exenta de polémica; el objetivo de este trabajo es intentar poner algo de luz sobre la cuestión.

Abstract.

DNA is the molecule which contains the genetic information that endow an organism with its biological characteristics. Since 1986 the comparison between the results obtained from a doubt sample and no doubt sample DNA analysis, in a criminal trial, has gained increasingly important. Even though the use of this molecule has brought many advantages to criminal justice, the reverse is also true. Among the problems inherent to its use is that one concerning with the possible needed to require authorization from the judge to collecting and analyzing the voluntarily released samples by the suspect. As we will see, the solution is controversial; the objective of that paper is to try to clarify that matter.

ÍNDICE.

1. Introducción. -----	4.
2. Consideraciones generales sobre el ADN. -----	5.
3. El ADN como fuente de prueba pericial en el proceso penal. -----	8.
3.1 La toma de muestras biológicas del lugar del crimen o del cuerpo de la víctima. -----	11.
3.1.1 La toma de muestras del lugar del crimen. -----	11.
3.1.2 La toma de muestras del cuerpo de la víctima. -----	14.
3.2 El análisis genético. -----	17.
3.3 La toma de muestras biológicas provenientes del sospechoso. -----	18.
3.4 Conservación y uso de los resultados obtenidos: la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. -----	21.
4. La toma subrepticia de muestras biológicas. -----	23.
4.1 Necesidad o innecesaridad de autorización judicial. -----	25.
4.1.1 Recogida de la muestra. -----	25.
4.1.2 Análisis de la muestra. -----	26.
4.2 Equiparación entre toma subrepticia y muestra indubitada. -----	29.
5. Conclusión. -----	31.
6. Bibliografía. -----	33.

1. Introducción.

El Derecho y la ciencia se han tenido, tradicionalmente, como materias distantes, sin ningún tipo de conexión entre sí. Hace treinta años era impensable que una molécula llegara a jugar un papel tan relevante en un proceso penal como a día de hoy hace el ADN, y, aunque parezca que se ha superado esta dicotomía porque ya nadie es ajeno al papel fundamental que la ciencia tiene en la investigación criminal - gracias en buena parte a series como CSI o Bones, y a que no es raro ver en los medios de comunicación alusiones a las denominadas “pruebas periciales científicas”-, sigue siendo habitual que se diferencie entre las llamadas “ciencias” y “letras”, como se conoce comúnmente a las que han sido, desde antiguo, a las dos ramas básicas del conocimiento, cuestión esta que no está exenta de ciertos peligros, como puede ser el inherente a que los juzgadores – “personas de letras”-, confíen ciegamente en lo que el perito científico exponga, como si de un acto de fe se tratara.

Parece difícilmente cuestionable que la convergencia entre biología y Derecho ha aportado innumerables ventajas al mundo jurídico, y no seremos nosotros quienes critiquemos que se potencie el uso de la ciencia en los procesos, pero ello ha de hacerse sin obviar el hecho de que las técnicas científicas, y más en concreto, el análisis de ADN, no son la panacea. El uso de las mismas trae consigo toda una serie de problemas que debieran de ser resueltos antes de otorgarles papel alguno en un proceso penal, con las consecuencias que del mismo pueden derivar. Ello no obstante, cierto es que la cuestión de que se presente una realidad nueva en los Tribunales antes de que el Derecho haya podido reflexionar al respecto no es muy infrecuente, y, lo normal en este tipo de casos, es que los problemas vayan resolviéndose a medida que van presentándose.

Entre los inconvenientes que el análisis y la comparación de los polimorfismos de ADN pueden presentar se encuentran, además del relativo a la fiabilidad y al valor que a los resultados pueda dárseles de cara a la destrucción de la presunción de inocencia, el vinculado a la vulneración que de los derechos fundamentales puede suponer la toma de una muestra biológica y su posterior análisis, y, derivado, de este, muchos otros, como el relativo a la necesidad -o no- de que medie autorización judicial para la recogida y/o el análisis de los vestigios biológicos abandonados por el

sospechoso, que es el que nos ocupa y el que trataremos de resolver a lo largo de este trabajo.

Para concluir nos parece importante aludir a una diferencia que ha de existir siempre entre un jurista y un científico: mientras que para el segundo lo importante es la consecución del objetivo que se le presente, tomemos como ejemplo, la comparación entre dos muestras de ADN para obtener un resultado coincidente; para el primero han de primar otros aspectos, como puede ser si tal comparación responde a un fin lícito, o si las muestras se han obtenido cumpliendo con lo legalmente previsto.

2. Consideraciones generales sobre el ADN.

El “ácido desoxirribonucleico” (ADN o DNA si utilizamos la terminología inglesa), descubierto en 1869 por el científico suizo Friedrich MIESCHER, es la molécula portadora de toda la información genética que dota a un organismo de sus características biológicas¹. Buena parte de lo que somos depende de nuestro ADN, que se alza como la molécula biológica fundamental.

Históricamente, se ha reconocido a James Dewey WATSON y a Francis H. Compton CRICK como los descubridores de la estructura en doble hélice de esta molécula. Tanto es así que en 1962 se les otorgó, por esta razón, junto con Maurice WILKINS, el premio Nobel de Medicina.

Lo que muchos desconocen es que fue una científica, Rosalind FRANKLIN, la que, en 1952 y compartiendo laboratorio con WILKINS, obtuvo una radiografía en la que podía verse claramente la estructura en forma de equis del ADN. Radiografía conocida en el mundo científico como “foto 51” que WILKINS, sin consentimiento de FRANKLIN, mostró a WATSON, dando así, a aquellos la información necesaria para construir el modelo de ADN que los haría famosos².

Actualmente, se sabe que el ADN está formado por la unión de muchas otras moléculas llamadas nucleótidos, que, a su vez, están constituidos por tres moléculas menores: la desoxirribosa, la base nitrogenada y el ácido fosfórico.

¹ V. LORENTE ACOSTA, J. A. y LORENTE ACOSTA, M., *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995, Comares p. 251.

² V. NELSON, D. L. y COX, M. M., *Lehninger. Principios de la bioquímica*, Barcelona, 2009, 5ª edición, Omega, p. 278.

Lo que diferencia a un nucleótido de otro y provoca que cada ser vivo posea un genoma diferente es el orden de los distintos tipos de bases nitrogenadas: la adenina, la timina, la citosina y la guanina, a las que se abrevia con las iniciales A, T, C y G respectivamente³. El orden en que las mismas se disponen a lo largo del ADN es lo que nos diferencia de una bacteria, de un animal, de una planta, e incluso, de otro ser humano⁴.

Integrado por las moléculas mencionadas, el ADN tiene un tamaño asombroso; de hecho, si no estuviera replegado infinidad de veces sería imposible que cupiera en el núcleo celular. Tanto es así, que si lo desplegáramos, el ADN de una única célula, por sí mismo, podría alcanzar los dos metros de largo⁵, aunque, como es obvio, su ancho sería ínfimo.

Aparte de este ADN que se encuentra en el núcleo celular, denominado por ello ADN nuclear, también existe otra clase de ADN que, a diferencia del anterior, se localiza en las mitocondrias, orgánulos que, integrados dentro de la célula, no forman parte del núcleo de la misma. Este último es el conocido como ADN mitocondrial, que se caracteriza por ser poco polimórfico (poco cambiante entre una persona y otra) al compartir el mismo todos los familiares por vía materna –por ser las madres las que los transmiten a sus hijos-⁶.

El uso de este tipo de ADN, de gran utilidad en el ámbito civil, se ha extendido también al penal –pese a que, como ya señalábamos, tiene un poder de discriminación limitado-, para aquellos supuestos en los que no puede obtenerse del lugar de los hechos ADN nuclear, siendo el ejemplo más claro el del pelo sin raíz⁷.

A su vez, otra clasificación es aquella que permite distinguir entre ADN codificante y no codificante.

³ V. CASTELLANO ARROYO, M., *Estudio individual de los indicios. Estudios de ADN*, en Dogmática Penal, política criminal y criminología en evolución, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1997, Comares, p. 393.

⁴ V. LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El análisis de ADN en el proceso penal*, Trabajo de Cátedra, La Laguna, 1999, p.30.

⁵ V. ROMEO CASABONA, C. M., *Las intervenciones sobre el genoma humano y sus implicaciones para el Derecho: la intervención del Derecho Penal*, en Dogmática Penal, política criminal y criminología en evolución, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, La laguna, 1997, p. 274.

⁶ V. MORA SÁNCHEZ, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2001, Comares, p. 15.

⁷ V. Manual de Interpol sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN. Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de la interpol. 2009. 2ª edición.

El primero, se integra por los fragmentos del alargado material que determinan, por el orden en que están organizadas sus nucleótidos, y por tanto, sus bases nitrogenadas, las diferentes características genéticas que, de forma general, definirán a la persona, entiéndase por esto: color de pelo, ojos y piel, talla, altura, etc⁸.

El segundo, por su parte, responde a la idea actual de que no todo el ADN es codificante, hay una parte del mismo a la que, a día de hoy, no se le conoce función alguna, lo cual no quiere decir que, con el tiempo no pueda descubrirse una.

Es este último el que a nosotros nos interesa porque es del que se extrae el código genético para la investigación forense, fundamentalmente, porque es mucho más variable o polimórfico que el anterior, y por tanto, permite una mejor individualización, y porque del mismo no puede obtenerse más información que la meramente identificativa⁹, lo cual, permite evitar que se descubran aspectos de las circunstancias personales del individuo que de poco o nada servirían a la investigación y podrían acarrearle una serie de consecuencias sociales difícilmente reparables. Imaginemos, por ejemplo, que de un análisis del ADN de una persona se desprenda su predisposición biológica a la violencia, ese resultado, inevitablemente, generaría toda una serie de prejuicios en su contra carentes de toda justificación, pues no son pocos los estudios que demuestran que en el carácter de una persona influye más el ambiente en que hayan crecido y la educación recibida que el propio genoma.

En cualquier caso, y antes de continuar, nos parece importante hacer una breve precisión: aun siendo cierto que cada individuo tiene un ADN único, y que, por tanto, salvo en el caso de los gemelos idénticos, es imposible que existan dos personas con el mismo material genético¹⁰, no podemos caer en el error de referirnos a dicha molécula como “*huella genética*” como en su día la calificó el científico Alec JEFFREYS –“*DNA fingerprinting*” si atendemos al idioma original del texto”-¹¹, y como actualmente la denominan muchos otros autores, pertenecientes tanto al campo de la ciencia como al jurídico.

⁸ V. LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El análisis del ADN en el proceso penal*,..., p 32 y 33.

⁹ V. LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El análisis del ADN en el proceso penal*,..., p. 33.

¹⁰ V. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, Tirant Lo Blanch, p. 24.

¹¹ V. JEFFREYS, A., WILSON, V., THEIN, S.L., *Individual specific “fingerprint” of human DNA*, Nature, Vol. 316, 1985, p. 76 a 79.

Si bien esta metáfora podría aceptarse en el campo biológico o científico, no así en el jurídico, y ello, fundamentalmente, porque, como es evidente, el perfil genético dista mucho de ser una huella: de aquel puede extraerse información que en ningún caso proporcionaría esta, y, en buena parte de los supuestos, para su obtención es necesario una intervención corporal, por tanto, merece de una regulación mucho más exhaustiva, que limite su potencialidad lesiva.

3. El ADN como fuente de prueba en el proceso penal.

Fue en el Reino Unido, en 1986, en el asunto *Queen vs. Pitchfork*, comúnmente denominado como “*Enderby*” –por ser este el nombre del lugar en el que ocurrieron los hechos-, cuando se aceptó, por primera vez, el uso en un proceso de los análisis de ADN para identificar al autor del crimen.

La aplicación de esta técnica por el genetista Alec JEFFREYS permitió exculpar al principal sospechoso: un joven de apenas diecisiete años, que sufría un trastorno mental y que, por las presiones sufridas durante el interrogatorio, confesó ser culpable de los crímenes (la violación de dos niñas de quince años y el asesinato que una de ellas, aunque habían sido asesinadas las dos)¹².

JEFFREYS comparó las muestras de semen de ambos asesinatos con la sangre del chico y demostró que, si bien ambas mujeres habían sido violadas y asesinadas por el mismo hombre, el responsable no era él.

Poco tiempo después, el ADN, y la indiscreción de un amigo del autor de los hechos, permitieron resolver el caso. La policía, en el curso de la investigación, había solicitado a los hombres que vivían en el pueblo mencionado y en los vecinos que, voluntariamente, proporcionaran muestras de sangre o de saliva, no obteniendo de ello ningún resultado positivo. Fue cuando se oyó a un sujeto alardeando de haber obtenido cierta cantidad de dinero por haber donado una muestra haciéndose pasar por su amigo, cuando la policía pudo llegar hasta este último, y, tras la práctica de los análisis correspondientes, y su posterior confesión, demostrar su culpabilidad¹³.

Lo expuesto demuestra que, en el marco de un proceso penal, el ADN, como fuente de una prueba pericial científica (pues no es un medio de prueba en sí mismo y,

¹² V. GÓMEZ COLOMER J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal*,..., p. 24.

¹³ V. LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El análisis del ADN en el proceso penal*,..., p. 11 a 13.

por tanto, es erróneo hablar de “la prueba de ADN”¹⁴ puede prestar un gran servicio a la Justicia, como de hecho hace. El uso de este método permite comparar el resultado de los análisis de la muestra biológica obtenida en el lugar del crimen (muestra dubitada) con el resultado de los análisis de la obtenida de una persona concreta: el sospechoso (muestra indubitada)¹⁵.

No obstante lo anterior, no podemos caer en el equívoco de pensar que en el caso de que dicha comparación tuviera como resultado la coincidencia, una sentencia condenatoria pudiera basarse únicamente en la misma, porque el ADN, por sí solo no puede, en ningún caso, destruir la presunción de inocencia. Prueba de ello es el famoso “caso Angie”, en el que la asesina se hizo pasar por la víctima para contratar un seguro de vida a su nombre que poder cobrar cuando esta última falleciera, dejando en su cuerpo semen de dos hombres que se dedicaban a la prostitución para simular un móvil sexual.

En otras palabras, lo que queremos expresar es que pese a que a las pruebas científicas en general, y al análisis del ADN en particular, las rodea una especie de expectativa de infalibilidad porque parece que todo lo científico es cierto por el mero hecho de ser ciencia; no podemos olvidar que hay que tener en cuenta otras variables a la hora de valorar los resultados obtenidos, entre las que se encuentran, además de la posibilidad de encontrarnos con un delincuente especialmente imaginativo, como Angie, que dichos resultados son, en todo caso, probabilísticos y que la fiabilidad de los mismos depende de la correcta recogida y conservación de los restos biológicos a analizar y de la correcta realización del análisis. Aspectos estos a los que hay que atender en mayor medida en función del valor que en un proceso pretenda dársele a los resultados obtenidos: cuando mayor se desee que sea aquel, más rigurosos habrán de ser la recogida, la custodia y el análisis¹⁶.

A las pruebas periciales científicas, por sus características propias, se las excepciona de la regla básica en virtud de la cual las pruebas han de realizarse en el acto del juicio oral –porque tienen como fin convencer al juzgador de la veracidad de los hechos afirmados por alguna de las partes-, con independencia de que ya en la

¹⁴ V. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *La prueba biológica en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, Derecho y salud, Vol. 3, Nº. 1, diciembre de 1995, p. 225.

¹⁵ V. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal*, ..., p. 260.

¹⁶ V. GASCÓN ABELLÁN, M., *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN* [disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>].

instrucción se hubieran realizado actos de investigación en el mismo sentido –actos que, por lo demás, se limitan a comprobar un hecho de forma abstracta-. Así pues, se permite que un acto de investigación devenga prueba, que recibe el nombre de prueba preconstituída, dada la imposibilidad de su reproducción en el juicio oral¹⁷.

Aquí nos encontramos con un problema claro, y es el relativo a cómo garantizar el principio de contradicción que informa el proceso penal. Para resolver esta cuestión debemos partir de una diferenciación previa y es que, no es lo mismo el análisis científico de la muestra de ADN, que la plasmación de las conclusiones a la que llega tras dicho análisis el perito correspondiente, es decir, el informe pericial.

Si bien el primero no puede ser practicado en el juicio oral, no así el segundo, que sí que puede practicarse en esta fase mediante la declaración del perito con el fin de que se ratifique en el informe que a este respecto haya presentado en la instrucción y de que las partes puedan preguntarle y alegar lo que a su derecho convenga, garantizándose así el principio de contradicción¹⁸.

Pese a ello, y aun cuando esta fue la solución que adoptó en un principio la jurisprudencia, un cambio posterior en la misma llevó a entender innecesaria la presencia de los peritos en la fase plenaria siempre que se tratara de profesionales pertenecientes a organismos oficiales, otorgando a los informes por ellos realizados la naturaleza de prueba documental. De hecho, este cambio jurisprudencial tiene hoy su reflejo legal en el artículo 788.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), pero únicamente en lo que a los informes de los laboratorios de estupefacientes se refiere.

La última evolución jurisprudencial se sitúa en un punto intermedio entre los dos extremos expuestos, al considerar que dicho medio de prueba habrá de practicarse en el juicio oral cuando la defensa haya impugnado el informe presentado como prueba, o cuando se solicite expresamente la presencia de los peritos en el acto del juicio¹⁹.

Por otro lado, y en lo que respecta a cómo ha de valorar el juez la prueba expuesta, rige, al igual que en toda prueba en el proceso penal, el criterio de libre valoración o de valoración según las reglas de la sana crítica por el juzgador, tal y como

¹⁷ V. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las pruebas biológicas en el proceso penal*,..., p. 225 a 234.

¹⁸ V. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *El análisis de ADN en el proceso penal*,..., p. 173.

¹⁹ V. GÓMEZ COLOMER, J. L. *La prueba de ADN en el proceso penal*,..., p. 54 y 55.

dispone el artículo 741 de la LECrim cuando dice que “*el Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley*”. Como consecuencia de ello, es responsabilidad de los peritos exponer los resultados de los análisis de forma tal que puedan ser correctamente interpretados por el juez, y es obligación del juzgador atender a otras pruebas e indicios y no solo a los resultados presentados por aquel porque, aun en el caso de que hubiera sido realizado correctamente desde la recogida hasta la comparación, el resultado solo permite afirmar que los restos biológicos recogidos en el lugar de los hechos coinciden –con un grado de fiabilidad altísimo– con los obtenidos del sospechoso, lo cual no quiere decir que haya participado en la comisión del hecho punible.

Con base en lo expuesto podemos afirmar que el valor que ha de atribuirse a los resultados del análisis mencionado es meramente indiciario²⁰.

A continuación y dada la importancia –ya resaltada–, de todo el proceso a seguir hasta obtener los resultados de la comparación, analizaremos brevemente cada uno de los estadios que lo integran:

3.1 La toma de muestras biológicas del lugar del crimen o del cuerpo de la víctima:

3.1.1 La toma de muestras del lugar del crimen.

El artículo 326 III LECrim dispone que, en el curso de una inspección ocular, “*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*” que a su vez establece que la policía tiene la obligación de “*recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial*”.

²⁰ V. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *El análisis de ADN en el proceso penal, ...*, p. 210 a 214

Ello viene a mostrar la innecesaridad de la intervención judicial en la recogida de los vestigios biológicos sites en el lugar de los hechos, pues se permite al juez que ordene la recogida, sin que su presencia durante la misma sea preceptiva. Aunque, el hecho de que no deba estar presente no exime de la necesidad de su orden –que no autorización-, salvo, en casos de urgencia, es decir, cuando pueda preverse que, de esperar, las mencionadas muestras desaparecerían o se contaminarían, pudiendo entonces la policía judicial proceder a la recogida, informando inmediatamente después a la autoridad judicial competente.

Lo dicho encuentra una excepción en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, según la cual, *“cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito”*, sin necesidad de intervención judicial alguna.

Si bien el precepto no dispone expresamente que se prescindirá de la mencionada intervención, podemos presumirlo de una lectura *sensu contrario* del mismo, porque sí que prevé expresamente que ha de mediar autorización judicial en caso de ser necesario *“la toma de muestras, inspecciones, reconocimientos o intervenciones, sin consentimiento del afectado”*.

Presumimos que el legislador se abstuvo de mentar la orden judicial porque fue consciente de que la realidad era que, en aplicación de la opción prevista en el ya mencionado artículo 326, en casi la totalidad de los casos, los jueces de instrucción, lejos de personarse en el lugar de los hechos, ordenaban a la policía o médicos forenses, que adoptaran las medidas tendentes a asegurar la autenticidad de las muestras, lo cual no deja de ser normal si tenemos en cuenta la sobrecarga, derivada de la falta de personal, a que están sometidos los Juzgados de Instrucción

Expuesta la excepción, y antes de continuar, debemos señalar que la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (en adelante CNUFADN), órgano adscrito al Ministerio de Justicia, en su primera memoria, la relativa a los años 2009/2010, dispone

que, con el fin de salvaguardar el principio de proporcionalidad, solo será posible tomar muestras de ADN cuando se trate de delitos graves.

Siendo esto así, y a la luz de lo dispuesto en la ya citada DA 3ª de la LO 10/2007, puesto que la policía puede, sin que sea necesaria intervención judicial alguna, recoger muestras biológicas cuando se haya cometido un delito grave, y, dado que solo en estos delitos cabe análisis de ADN, podemos concluir que para la toma de muestras dubitadas del lugar del crimen no será necesaria la intervención judicial.

Para saber con exactitud qué delitos han de entenderse como graves, tenemos que acudir al artículo 33 del Código Penal, que otorga esta consideración a aquellos que lleven aparejada alguna de las siguientes penas:

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

A este respecto, y teniendo en cuenta lo extenso que sería el catálogo de delitos para cuya investigación sería posible acudir al análisis de ADN, la Comisión ha restringido su uso al señalar que habrá de entenderse por delito grave aquel que lleve

aparejada una pena privativa de libertad superior a 5 años²¹, descartando el uso de esta técnica en los demás casos.

3.1.2 La toma de muestras del cuerpo de la víctima.

Por otro lado, en lo que respecta a la recogida de muestras del cuerpo de la víctima, debemos diferenciar los supuestos en que esta haya fallecido y los casos en los que no.

Habiendo esta fallecido, será el médico forense competente, tras haberlo ordenado así el juez de instrucción (art. 336 y 778.3 LECrim), el que recogerá los restos biológicos. También en este caso, y en virtud del ya citado artículo 282 LECrim, concurriendo razones de urgencia, podrá la Policía realizar esta labor sin la presencia del Juez o del forense. Entendemos que en este supuesto en concreto, la habilitación del artículo 282 no hay que entenderla hecha en términos absolutos, y es que, si bien podrán tomar los vestigios externos, por correr estos riesgo de perderse o degradarse, no así los internos, entendidos estos como los que se hallan en el interior del cuerpo de la víctima (boca o genitales) que difícilmente podrían contaminarse por no tener contacto alguno con el exterior y que deberán ser recogidos en el momento de practicarse la autopsia.

En cambio, si la víctima estuviera viva, pueden darse situaciones tan diversas que, irremediablemente, la toma de muestras se complica significativamente y habrá que atender a las circunstancias del caso concreto para saber cuál es la mejor forma de proceder. No puede enunciarse una regla que resuelva la cuestión en términos absolutos porque puede ocurrir que la víctima después de ser agredida llame a la policía y espere su llegada diligentemente; que se traslade por sí misma a un centro médico; que se vaya a su casa y presente la denuncia después de haberse duchado y cambiado de ropa; o, incluso, que se niegue a la toma de muestras de su cuerpo²².

En cualquier caso, problema común a todos los supuestos de recogida, y no solo cuando se trate de muestras dubitadas sino también tratándose de indubitadas, es el derivado de la posibilidad de contaminación.

²¹ V. COMISIÓN NACIONAL PARA EL USO FORENSE DEL ADN, *actividades 2009-2010*, Ministerio de Justicia, p. 20.

²² V. RAMOS ALONSO, José Vicente, *La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal*, Diario La Ley, Nº 7364, Sección Doctrina, marzo de 2010, La Ley.

Como consecuencia de la obvia importancia de evitar dicho problema, se ha de tener especial cuidado durante la recogida, debiéndose seguir los protocolos previstos, y siendo fundamental el mantenimiento de la cadena de custodia.

La relevancia de estas cuestiones es tal que en relación a la primera, el Ministerio de Justicia, a propuesta del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, dictó, en 2010, una Orden Ministerial²³, que recoge las recomendaciones generales que han de seguirse para la recogida de cualquier tipo de muestra, así como aquellas otras a las que deberá atenderse en función del tipo de resto biológico de que se trate.

Con la finalidad de mostrar la dificultad inherente a la hasta ahora nombrada actividad y la necesidad de que sea realizada por personal especializado, procedemos a citar lo que el artículo 29 de la Orden denomina “*normas generales de actuación para la recogida de muestras*”; precepto que dispone que la recogida se ha realizar atendiendo a las siguientes directrices:

1. *“Aislar y proteger lo más rápidamente posible el lugar de los hechos y recoger los indicios biológicos.*
2. *Usar guantes limpios y cambiarlos con frecuencia, especialmente cuando se manipulan indicios biológicos susceptibles de tener distinto origen.*
3. *Evitar hablar, toser o estornudar sobre las muestras. Usar mascarilla.*
4. *Usar bata, calzas u otro tipo de ropa protectora.*
5. *Utilizar instrumental desechable de un solo uso siempre que sea posible o limpiarlo bien antes de recoger cada indicio biológico.*
6. *No añadir conservantes a las muestras.*
7. *Dejar las muestras secar a temperatura ambiente, en un lugar protegido, antes de empaquetarlas para su envío al laboratorio.*
8. *Empaquetar cada muestra por separado.*
9. *Empaquetar las muestras en bolsas de papel o cajas de cartón evitando utilizar plástico. Los hisopos deben ser introducidos en cajas específicas para los mismos.*
10. *Es recomendable el uso de equipos que trabajen con luz en el rango visible del espectro.*

²³ V. 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.

11. *Se recomienda el uso de reactivos con compatibilidad conocida para análisis genéticos.*

12. *Enviar inmediatamente las muestras al laboratorio.*”

Por otro lado, y pese a que de la cadena de custodia –entendida como el procedimiento tendente a asegurar la conservación y, por tanto, la fiabilidad de las muestras- depende la admisibilidad procesal del resultado obtenido²⁴, su regulación dista mucho de ser clara.

El artículo 326 LECrim atribuye al Juez de instrucción, a la policía judicial o al médico forense la adopción de las medidas necesarias para que la custodia de las muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin especificar cuáles son esas medidas. La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 atribuye la competencia al Gobierno para regular, mediante Real Decreto todo lo relativo a la CNUFADN, organismo al que corresponderá, entre otras cosas, determinar las condiciones de seguridad de la custodia de muestras.

Sin embargo, la Comisión, lejos de abordar el trabajo encomendado, se ha limitado a regular, en la Orden hasta ahora mentada, una serie de formularios que tienen como objetivo presentar “*con claridad todos los datos necesarios para identificar, de forma inequívoca, los paquetes y las muestras, encauzar correctamente los análisis, asegurar el mantenimiento de la cadena de custodia, así como facilitar el control de las muestras y la devolución o destrucción cuando finalice el procedimiento correspondiente*”²⁵

En definitiva, y sin ahondar más en esta cuestión, baste decir que a través de la cadena de custodia, y con el fin último, ya señalado, de garantizar la admisibilidad procesal del resultado, se documenta toda la historia cronológica de la muestra, así como la identidad de las personas que han estado en contacto con ella, evitando que

²⁴ V. GÓMEZ COLOMER, J. L. *La prueba de ADN en el proceso penal,...*, p. 52 y SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Valencia, 2009, Tirant Lo Blanch, p. 141.

²⁵ V. Exposición de motivos de la 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.

se ponga en duda su integridad y autenticidad, argumentando su posible alteración, contaminación o, incluso, sustitución²⁶.

Ello no obstante, es importante señalar que no cualquier irregularidad en este sentido basta para inadmitir el resultado obtenido del análisis de la muestra, pues, aunque la cadena de custodia no se halle perfectamente documentada, basta la declaración en juicio de los intervinientes para subsanar este defecto²⁷.

3.2 Análisis genético:

Una vez llegan las muestras al laboratorio, ya sean las dubitadas, las indubitadas, o ambas, se procede a su análisis. El mismo solo podrá ser realizado en los laboratorios acreditados por la CNUFADN por haber superado los controles periódicos de calidad a los que dicho organismo debe someterlos por mandato expreso de la LO 10/2007.

Los primeros análisis se realizaban con la técnica del RFLP (Restriction fragment length polymorphism), que ha sido abandonada en favor de otras más modernas como la PCR (Polymerase chain reaction) o el STR (Short tandem repeat).

La ventaja que presenta la PCR frente al RFLP es que no necesita grandes muestras para poder realizar el análisis, permite hacer las copias que se quiera de pequeños fragmentos o cantidades de ADN, aunque se le critica que el uso de muestras tan pequeñas facilita enormemente la contaminación. El STR, por su parte, es, actualmente, el sistema mejor valorado por los científicos que trabajan en este campo. Consiste este en el análisis de determinadas zonas del ADN, denominadas *loci*, que poseen un enorme poder de discriminación al ser extraordinariamente polimórficos²⁸.

No debemos entrar aquí en mayores detalles porque, como puede observarse, se trata de cuestiones muy técnicas que se escapan de los fines de este trabajo.

²⁶ V. FERNÁNDEZ DE SIMÓN, L., *La cadena de custodia en los análisis de identificación genética*, Madrid, p. 3 [disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/COMUN_FERNANDEZ_SIMON%20\(2\).pdf?idFile=fcc99266-d6f0-4127-ae38-96a2f5c9109f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/COMUN_FERNANDEZ_SIMON%20(2).pdf?idFile=fcc99266-d6f0-4127-ae38-96a2f5c9109f)]

²⁷ V. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal,...*, p. 153 a 155 y STS 1027/2010, Sala Segunda, de 25 de noviembre de 2010.

²⁸ V. MORA SÁNCHEZ, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN,...*, p. 22 y ss.

V. SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica,...*, p 90 y ss.

3.3 La toma de muestras biológicas provenientes del sospechoso:

En el ámbito procesal penal, la técnica del análisis de ADN sirve, fundamentalmente, para dos cosas:

1. La identificación de cadáveres.
2. La comparación de muestras dubitadas e indubitadas con el fin de probar la participación en un crimen o, al menos, la presencia de una persona en el lugar de los hechos.

Pues bien, la cuestión más compleja de todos los hitos que integran el proceso tendente a obtener los resultados expuestos, al menos desde el punto de vista jurídico, es la relativa a la toma de muestras indubitadas o de referencia, que son aquellas sobre las que no se duda de su procedencia por pertenecer al sospechoso²⁹.

Es preciso señalar, antes de continuar, que no es necesario ser “investigado” - imputado antes de la última reforma de la LECrim- para poder ser sujeto pasivo de esta práctica. La ley habla de sospechoso, y la jurisprudencia entiende que este término hace alusión a un “*nivel inferior a la imputación formal*”³⁰

A este respecto podemos distinguir dos situaciones³¹:

- a) Que la muestra se tome directamente del cuerpo del sujeto.
- b) Que se obtenga de un resto biológico abandonado voluntariamente por aquel, que es lo que se denomina “*toma subrepticia*”³² de muestras biológicas, cuyo estudio es el objeto principal de este trabajo.

En el primer supuesto, al ser necesaria una intervención corporal sobre el sospechoso, habrá de prestar este su consentimiento o, en caso de que no hacerlo, debe mediar autorización judicial.

Habiendo aquel consentido, podrá procederse a la recogida de la muestra indubitada sin más trámites, así como a su análisis, atendiendo a las mismas cuestiones

²⁹ V. SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*,..., p. 102.

³⁰ V. STS 777/2013, Sala Segunda, de 7 de octubre.

³¹ V. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal*,..., p. 264.

³² V. STS 1311/2005, Sala Segunda, de 14 de octubre.

ya expuestas en relación con la toma de vestigios del lugar de los hechos y del cuerpo de la víctima en lo que se refiere a la forma de la recogida y a la cadena de custodia.

Siendo este el caso, y encontrándose el sujeto detenido, será preceptiva la asistencia letrada en el momento de prestar el consentimiento habilitante, presentándose dicha asistencia como una mera posibilidad cuando no exista tal detención. Según el Tribunal Supremo, ello es consecuencia del “*significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24.2 CE)*”³³, y se desprende del artículo 767 LECrim, que establece que “*desde la detención (...) será necesaria la asistencia letrada*”.

Actualmente, tras la reforma efectuada en la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, el artículo 520.6 c) prevé, entre las actividades en que ha de consistir la asistencia letrada, la de “*informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten*”, entre las que se encuentra la que nos ocupa.

Si, por el contrario, el sospechoso se negara a la recogida de muestra, ha de mediar autorización judicial antes de tomarla, como ya señalábamos anteriormente. En este sentido, establece el artículo 363 II LECrim 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 para la determinación de su perfil de ADN*”, y la DA 3ª de la LO 10/2007 dispone, como ya sabemos, 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*”

Se exige intervención judicial previa porque se afecta al derecho a la intimidad, y, cuando se trate de intervenciones corporales distintas a la toma de saliva –situación poco común en la práctica, de hecho, el propio artículo 520 LECrim hace referencia a la recogida de muestras mediante frotis bucal-, según ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC 207/1996, de 16 de diciembre, también se afecta al derecho a la integridad física³⁴

³³ V. STS 685/2010, Sala Segunda, 7 de julio, y el Acuerdo de Sala General del TS de 24 de septiembre de 2014.

³⁴ V. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal,...*, p. 266.

Ambos derechos fundamentales –reconocidos en los artículos 18 y 15 respectivamente de la Constitución Española de 1978-, pueden ser limitados en beneficio del interés general vinculado a la persecución de un delito grave, pues son derechos que, por sus características propias, son susceptibles de limitación, al contrario de lo que sucedería, por ejemplo, con el derecho a la vida, del que no puede dudarse sobre su carácter absoluto³⁵.

Evidentemente, la autorización judicial no lleva aparejada, ni garantiza, el consentimiento del sujeto sobre el que ha de practicarse la intervención. El artículo 129 del Código Penal –y ahora también el mencionado artículo 520 LECrim-, soluciona el problema derivado de la negativa del sospechoso a que se obtenga de su cuerpo la muestra necesaria para poder realizar el análisis al disponer que el Juez de Instrucción podrá ordenar la ejecución forzosa de tal diligencia “*mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad*”.³⁶

El citado artículo 129 ha sido fruto de la reforma efectuada sobre el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Antes de la misma, la solución que se daba a esta cuestión distaba mucho de la expuesta.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en caso de negarse el sospechoso a colaborar, no podía tomarse tal muestra, ya que la autorización judicial, en ningún caso, legitimaba actos de compulsión sobre las personas³⁷. Siendo esto así, se acudía al mecanismo de dar el valor de prueba indiciaria a la negativa del sujeto, de forma que, por si sola, no podía destruir la presunción de inocencia, pero, unida a otros indicios o

³⁵ V. SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, ...*, p. 104

³⁶ Es importante mencionar que no será posible tomar muestras del cuerpo del sospechoso cuando la misma se pretenda para responder a un exhorto europeo, pues el artículo 187.2 b) de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, veta la emisión de tal exhorto para solicitar a la autoridad de ejecución que “*lleve a cabo registros corporales u obtenga directamente del cuerpo de cualquier persona materiales orgánicos o datos biométricos, como pudieran ser muestras de ADN o impresiones dactilares*”, de forma que, si la muestra hubiera sido obtenida en el curso de una investigación y el análisis se hubiera realizado en este contexto, y, por tanto, el dato ya obrara en poder de la autoridad competente, podrán tales datos ponerse a disposición de la autoridad que los requiera, mientras que, si este no fuera el caso, no podrá acudir a la toma de muestras del cuerpo del sospechoso con el único fin de responder al exhorto.

³⁷ V. STS 685/2010, Sala Segunda, de 7 de julio, entre otras.

pruebas, sí que podría enervar tal presunción, y, de igual forma, la negativa suponía la comisión de un delito de desobediencia³⁸.

Los aspectos relativos a la toma subrepticia de vestigios biológicos, o recogida de muestras abandonadas por el sospechoso, serán desarrollados en epígrafes posteriores, por lo que prescindimos de aludir aquí a esta cuestión.

3.4 Conservación y uso de los resultados obtenidos: la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Tras la entrada en vigor de la Ley 10/2007, de 8 de octubre, los resultados obtenidos tras los análisis de ADN de las muestras indubitadas –siendo indiferente que para la toma de la misma hubiera mediado autorización judicial o consentimiento de afectado-, serán inscritos en una base de datos policial, con el fin de que puedan ser utilizados tanto en la investigación en curso como en investigaciones futuras y en procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas (art. 1).

Para proceder a dicha inscripción no será necesario que medie consentimiento del afectado, aunque este habrá de ser informado de los derechos que le asisten en virtud de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Solo podrán ser inscritos los datos obtenidos a partir del análisis de muestras halladas en el marco de una investigación criminal cuando se trate “*de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada*” (art. 3.1 a)), consecuencia lógica de que solo para la investigación de este tipo de delitos está permitido acudir al análisis de ADN.

Por otro lado, y derivado del hecho de que solo se permite el análisis del ADN no codificante³⁹, solo se inscribirán los perfiles de ADN relativos a la identidad y sexo

³⁸ V. DOLZ LAGO, Manuel Jesús, *ADN y derechos fundamentales (breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN –frotis bucal- a detenidos e imputados)*, Diario La Ley, Nº 7774, Sección Doctrina, 12 de enero de 2012, La Ley.

³⁹ V. STS 777/2013, Sala Segunda, de 7 de octubre, fundamento de Derecho IV *in fine*, según el cual, “*la referencia del art. 363.2 al principio de proporcionalidad permite inferir que la información a obtener*

del sujeto (art. 4), siempre que estos datos se hayan obtenido del análisis del ADN nuclear y no del mitocondrial⁴⁰.

También se limitan el número de sujetos con acceso a la información recogida en tal base de datos, y así, en virtud del artículo 7 esta solo podrá ser usada por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estados y por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos ya mencionados.

Ello no obstante, la propia ley prevé la posibilidad de cesión a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países con los que España tenga algún convenio internacional en este sentido⁴¹; a las Policías Autonómicas cuando investiguen alguno de los delitos señalados o cuando pretendan utilizarla para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas; y, finalmente, al Centro Nacional de Inteligencia.

Con base en lo expuesto parecería correcto afirmar que los identificadores que se inscriben en la base de datos derivan de las muestras indubitadas obtenidas y analizadas durante una investigación criminal, sin embargo, tras la última reforma del Código Penal, a la que ya hemos hecho alusión anteriormente, el mismo artículo 129 bis prevé la posibilidad de que se tome una muestra biológica de una persona ya condenada, para su posterior análisis e inscripción de los identificadores de ADN obtenidos en la base de datos policial hasta ahora mencionada. Ello será posible cuando su condena se base en *“la comisión de un delito 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 siempre que *“de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva”*.

mediante el ADN ha de ser exclusivamente la destinada a la identificación, es decir, la llamada “huella genética”, y no la obtención de todo el “mapa genético”.

⁴⁰ V. Manual de la Interpol sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN. Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de la Interpol. 2009. 2ª edición.

⁴¹ V. Decisión 2008/616/JAI DEL CONSEJO de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

Y Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C 296/01).

En este último caso, igual que ocurría con la toma de muestras del cuerpo del sospechoso sin su consentimiento, es requisito preceptivo previo la autorización judicial.

Finalmente, solo nos queda señalar que la información contenida en dicha base de datos no se conservará *sine die*, la propia Ley 10/2007 fija un tiempo de conservación, y así, el artículo 9.1 establece que aquella habrá de borrarse una vez transcurrido el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito; o el previsto para la cancelación de antecedentes penales; o, habiéndose dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria, cuando dichas resoluciones adquieran firmeza.

Tratándose de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito, y, cuando existan diversas inscripciones relativas a una misma persona, pero correspondientes a delitos distintos, se conservarán los mismos hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.

4. La toma subrepticia de muestras biológicas.

La toma subrepticia puede definirse como la recogida de vestigios biológicos voluntariamente abandonados por el sospechoso.

Los problemas que plantean este tipo de restos son dos:

1. La necesidad –o no- de que medie intervención judicial en la recogida y/o en el análisis.
2. La consideración de esta muestra como indubitada.

Este vestigio comparte caracteres tanto con la toma de muestras dubitadas como de las indubitadas –ambas ya expuestas-, por lo que, desde nuestro punto de vista, tras analizar las coincidencias entre aquella y las dos últimas, habría de aplicársele el régimen que mejor se adapte, por coincidir en mayor medida, a la que ahora nos ocupa.

Pese a ser esta nuestra opinión, no podemos obviar el hecho de que la primera cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 31 de enero de 2006, en el que viene a disponer que

“la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

Dicho acuerdo, criticable por su parquedad, es la consecuencia directa de la existencia de dos sentencias contradictorias del TS a este respecto en casos casi idénticos y en un espacio temporal de seis meses. Los hechos que dan lugar a los dos pronunciamientos se enmarcan en el ámbito de la llamada lucha callejera o “kale-borroka”, movimiento vinculado a la banda terrorista ETA.,⁴² y son los que siguen:

En la primera sentencia el hecho punible consistió en la quema de una guagua y en la segunda en la explosión de un artefacto colocado en el interior en un cajero automático. En ambos casos se encuentra, en el lugar del crimen, la prenda que los responsables utilizaban para cubrirse el rostro, de las que se obtiene una muestra de ADN que posteriormente se manda a analizar.

En el curso de la investigación, se detiene a dos sujetos que, estando en las dependencias de la Ertzaintza –la Policía Vasca-, arrojan un esputo al suelo, vestigio que, recogido, en el primer caso por la Unidad de la Policía Científica de la Ertzaintza y en el segundo por los policías que custodiaban al sujeto, fue mandado a analizar, dando como resultado un ADN coincidente con el que se había obtenido de las prendas halladas en el lugar del crimen.

Pues bien, siendo estos los hechos, los pronunciamientos de la Sala Segunda en relación con la legalidad de la recogida y análisis del esputo mencionado distan mucho de ser coincidentes. En el primer supuesto, entiende el Tribunal que la prueba es ilícita por no mediar autorización judicial y que una condena basada en la misma vulnera el derecho del acusado a la presunción de inocencia, mientras que, en el segundo, se pronuncia en el sentido contrario, confirmando la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional.

Antes de continuar, nos parece relevante señalar que en el caso de la guagua, no se puso en peligro la vida de ninguna persona, pues no había pasajeros en el interior de la misma, y antes de hacerla prender, los atacantes obligaron al conductor del vehículo a abandonarla. Sin embargo, en el caso del cajero, sí que peligró la vida de varias

⁴²V.<https://web.archive.org/web/20031125224056/http://www.guardiacivil.org/quesomos/organizacion/organosdeapoyo/gabinete/cap/nota02.jsp>

personas, porque este se encontraba ubicado en los bajos de un inmueble de viviendas particulares. De hecho, no hubo que lamentar pérdidas humanas porque el líquido inflamable dejado junto al artefacto no llegó a arder por circunstancias ajenas a los responsables⁴³.

Entendemos que es importante hacer alusión a este extremo porque para nadie es desconocido que no son pocas las sentencias en las que el Tribunal Supremo realiza interpretaciones forzosas de las normas para dar cabida a la actuación realizada o a la aplicación de un precepto concreto, que, igual, concurriendo otras circunstancias no serían admisibles, y ello, entendemos, con el fin de alcanzar la justicia material. Este, desde nuestro punto de vista, es uno de esos casos.

4.1 Necesidad o innecesidad de autorización judicial.

4.1.1 Recogida de la muestra.

El Tribunal Supremo, en la sentencia en la que defiende la innecesidad de la autorización judicial para la toma de la muestra abandonada, justifica su pronunciamiento argumentando que al no haber sido necesario practicar ninguna intervención corporal sobre el sospechoso, tampoco es necesaria la autorización judicial, descartando, por tanto, que deba aplicarse el régimen previsto para la toma de muestras indubitadas.

A este respecto, y teniendo en cuenta que la Sentencia es de 2005, y que, obviamente, aún no estaba en vigor la Ley Orgánica 10/2007, podríamos contrargumentar que, aun siendo cierto que no es necesaria la autorización judicial porque no se lleva a cabo intervención alguna sobre el cuerpo del individuo, cuando se recogen muestras dubitadas del lugar de los hechos, tampoco es necesario practicar ninguna intervención sobre el cuerpo del mismo, porque las muestras, igual que en este caso, se encuentran abandonadas, y ello no quiere decir que no debiera mediar orden judicial para la toma, salvo, como ya sabemos, que se trate de casos de urgencia.

En definitiva, que si bien podríamos admitir que, en el momento de dictar la sentencia, no era necesaria una intervención autorizadora por parte de la Autoridad Judicial, ello no quiere decir, que debiera obstar de cualquier tipo de intervención.

⁴³ V. STS 501/2005, Sala Segunda, de 19 de abril y STS. 1311/2005, Sala Segunda, de 14 de octubre.

Sin embargo, la argumentación expuesta carecería de sentido hoy en día, porque, como ya señalábamos cuando desarrollamos la recogida de muestras dubitadas, tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, la Policía Judicial puede, sin necesidad de intervención judicial, recoger muestras biológicas del lugar de los hechos en el curso de una investigación por delitos graves, que, por lo demás, son los únicos delitos en los que se permite acudir al análisis de ADN.

Esta sería la solución actual, en caso de entender, como de hecho hacemos, que la toma de vestigios biológicos abandonados se asemeja más a la recogida de muestras dubitadas que a las indubitadas.

4.1.2 Análisis de la muestra.

Pese a lo expuesto en el apartado anterior, no podemos asimilar este tipo de muestras a las dubitadas en términos absolutos, porque aunque pueda admitirse que la forma de recogida ha de ser la misma, es preciso tener en cuenta, de cara al análisis, que mientras que en el caso de las segundas, se desconoce el sujeto del que el vestigio proviene, no ocurre lo mismo con la primera, a la que se presume indubitada.

A la cuestión relativa a si realmente puede asimilarse esta muestra a las indubitadas en la totalidad de los casos haremos alusión posteriormente, en este momento, el problema a resolver es el relativo a si para el análisis de este vestigio es necesaria o no la intervención judicial.

Al contrario de lo que ocurría con la recogida, en la que entendíamos de aplicación el régimen previsto para la toma de muestras dubitadas, en lo que al análisis se refiere, consideramos que es de aplicación el previsto para las indubitadas cuando pueda otorgárseles tal naturaleza.

Cuando estudiamos la recogida de este último tipo de vestigios biológicos, en el epígrafe 3.3 de este trabajo, decíamos que si bien el consentimiento del sujeto de cuyo cuerpo ha de extraerse la muestra, legítima, tanto la recogida como el análisis, haciendo innecesaria cualquier intervención judicial en este sentido, en caso de no mediar tal consentimiento, es requisito preceptivo previo a la toma y análisis la autorización judicial, pues es un imperativo legal derivado del hecho de que tal acto supone una limitación del derecho a la intimidad del individuo o a su integridad física.

Siguiendo este razonamiento, y teniendo en cuenta que el abandono por parte del sujeto de un resto biológico no equivale al otorgamiento de su consentimiento para que este sea recogido y analizado, y con base en el hecho ya expuesto de que el análisis en este caso no es de una muestra cuyo propietario –por calificarlo de alguna manera- se desconoce, sino que pertenece a una persona identificada, entendemos que hay que aplicar el mismo razonamiento que lleva a considerar necesaria la autorización judicial para el análisis cuando la muestras se extrae directamente del cuerpo del sujeto porque, en ambos casos, al ser conocida la persona de que la muestra proviene, el análisis supone una limitación de su derecho a la intimidad.

Nuestra visión, quizás excesivamente garantista, no es la defendida por el Tribunal Supremo.

Habiendo sido condenado un sujeto por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por la violación y tentativa de asesinato de una mujer (mediante asfixia y apuñalamiento), y basándose dicha condena, fundamentalmente, en el resultado positivo de la comparación de los polimorfismos de ADN obtenidos de varias muestras dubitadas (entiéndase por esto, restos de semen del responsable, que eyaculó sobre la víctima, y restos biológicos obtenidos de una camisa que abandonó tras la comisión del crimen) y de una entendida indubitada proveniente de una colilla arrojada por el sujeto y recogida y mandada a analizar por la policía, recurre el mismo en casación argumentando, entre otras cosas, que se vulneró su derecho a la intimidad por haberse realizado el análisis sin mediar intervención judicial habilitante.

Frente a esto, el TS en la STS de la Sala Segunda de 7 de octubre de 2013, en el Fundamentos de Derecho cuarto, tras preguntarse si *“es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un juez”*, resuelve que solo *será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan*, que no es el caso. Expone el Tribunal que *“la afectación de un derecho fundamental, por sí sola, no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial, salvo explícita habilitación legal. Que una actuación pueda menoscabar la intimidad no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional”*, resolviendo, con base en ello, que la policía sí que puede recabar el análisis.

Llegados a este punto y antes de continuar, nos vemos en la obligación de criticar el razonamiento del Tribunal que acaba de ser expuesto. En virtud del mismo, únicamente será necesaria una autorización judicial para limitar un derecho fundamental cuando así se prevea legalmente. Desde nuestro punto de vista, es al contrario, es decir, el derecho fundamental se debe entender protegido en cualquier caso, siendo posible, excepcionalmente, su limitación, sin mediar autorización judicial, cuando ello esté previsto legalmente, y solo en los casos que la ley disponga, lógica consecuencia del principio de proporcionalidad⁴⁴.

Por su parte, en el Fundamento de Derecho quinto, y con el fin de reforzar la afirmación anterior señala que esta facultad de la policía “*en la Ley Orgánica 10/2007, de ocho de octubre, es un “sobrentendido” pues “escindir el régimen de la toma y el análisis no se colige ni de esa norma ni del Acuerdo de esta Sala. Entender que la doctrina de esta Sala no exige autorización judicial para la obtención del vestigio cuando no comporta intervención corporal y sin razones de urgencia y, sin embargo, sí la requiera para la identificación del ADN no codificante a los únicos fines del cotejo no guarda coherencia”*”.

Aunque, precisa que “*afirmar la posibilidad de obtención del perfil para su cotejo con una muestra concreta anónima por existir sospechas fundadas, no significa que el perfil así obtenido y atribuido al sospechoso pueda incorporarse sin más a la Base de Datos*”.

Para justificar su postura a este respecto cita numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de entre las que destaca la denominada “*Sentencia Amann contra Suiza (TEDH 2000, 87)*”, en la que el mencionado órgano jurisdiccional señala que “*aunque la información contenida en los perfiles pueda considerarse objetiva e irrefutable, su tratamiento automatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra (...) hecho que es suficiente para concluir que su conservación constituye un atentado contra el derecho a la vida privada de tales personas*”, razón por la cual el TS considera que al ser “*mayor la incidencia en los derechos fundamentales, los condicionantes han de incrementarse*”, y, consecuencia de ello, el análisis practicado sin autorización judicial ha de mantenerse al margen del

⁴⁴ V. STC 207/1996 de 16 diciembre.

mencionado archivo, utilizándose únicamente en el caso concreto cuya investigación lo haya justificado.

4.2 Equiparación entre toma subrepticia y muestra indubitada.

Como ya señalábamos cuando introducíamos la toma subrepticia de muestras, una de las cuestiones que la misma plantea es la posibilidad de entender que tal vestigio equivale a una muestra indubitada, definida esta como aquella de la que no se duda sobre su procedencia por pertenecer al sospechoso.

Después de haber analizado la Base de Datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, podemos precisar aún más el concepto dado, incluyendo, dentro de las entendidas como muestras indubitadas, no solo las provenientes directamente del cuerpo del sospechoso, sino también las extraídas de dicho archivo.

Siendo esto así, la tarea a abordar en este epígrafe es el análisis de la posibilidad de otorgar la naturaleza de indubitada al vestigio biológico abandonado por el sospechoso. El problema se plantea pues con total claridad, pero la respuesta dista mucho de ser tan obvia.

Analizada la cuestión desde un punto eminentemente teórico, tendríamos que partir de la diferenciación entre la recogida de muestras del sospechoso de forma directa y la recogida de forma indirecta⁴⁵.

Las primeras serían las que no tienen contacto alguno con el exterior porque se toman del cuerpo del sujeto y se conservan en los recipientes previstos al efecto. Tomemos como ejemplo clarificador el de la muestra de saliva, que es, por lo demás, el más común en la práctica.

Esta muestra se obtiene, según dispone la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, en su artículo 30.1 a), frotando la cara interna de las mejillas y las encías con dos hisopos estériles secos que posteriormente han de ser introducidos en cajas de cartón preparadas al efecto, donde deberán dejarse secar durante una hora, como mínimo, con el fin de que no se degrade el ADN que en los mismos se contiene.

⁴⁵ V. SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica,...*, p. 126 y 127.

Parece indiscutible entonces que cuestionar la procedencia de una muestra así obtenida dista mucho de ser una tarea fácil, de hecho, casi podría ser calificada de imposible. Sin embargo, la realidad de las muestras indirectas, es decir, de aquellas que el sospechoso voluntariamente abandona, y que por tanto, durante un lapso de tiempo, están en contacto con el exterior, es muy diferente.

En este último caso habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes para determinar el grado de certeza de la pertenencia del vestigio al sujeto al que se imputa su abandono, y ello por lo que sigue:

Imaginemos que el ADN se obtiene de un esputo abandonado por el sospechoso en la cárcel. Evidentemente, la certeza de la afirmación de la pertenencia de ese ADN a un sujeto en concreto dependerá de si dicho vestigio fue abandonado en el patio de la institución o en una celda a la que únicamente él y el personal funcionario de prisiones tuvieran acceso. Y, de igual forma, tampoco será lo mismo que la muestra se recoja inmediatamente después a su expulsión, que transcurridas unas horas, aunque se encuentre en un espacio cuyo acceso se encuentre restringido a un número de personas limitado.

Todo ello demuestra la necesidad de que quede debidamente acreditado el lugar en que la muestra se encontraba, la forma en que se practicó la recogida, y las demás circunstancias concurrentes⁴⁶, entre las que destacamos el mantenimiento de la cadena de custodia.

Teniendo esto en cuenta, no podemos más que entender, tal como hace SOLETO MUÑOZ, que lo correcto, por ser lo más garantista, sería probar, en la fase plenaria, la pertenencia de la muestra al sujeto, bien a través de la testifical de los policías intervinientes o bien a través de la realización de un nuevo análisis y comparación –que sería lo más fiable–, pero, esta vez, de una muestra tomada de forma directa sobre el cuerpo del sospechoso mediando en este caso sí, autorización judicial o consentimiento de aquel⁴⁷.

En definitiva, lo que queremos decir con lo expuesto, es que no sería correcto afirmar que en la totalidad de los casos los vestigios biológicos abandonados por el

⁴⁶ V. STS 501/2005, Sala Segunda, de 19 de abril.

⁴⁷ SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica...*, p. 127.

sospechoso equivalen a una muestra indubitada. La posibilidad de realizar o no tal afirmación dependerá de las circunstancias que rodeen a la recogida.

Pese a ello, la lógica confianza que ha de tenerse en la legalidad de la actuación de las personas integrantes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado nos lleva necesariamente a entender que la solución por nosotros considerada como la correcta solo será llevada a cabo en la práctica cuando se cuestione la legalidad de tal actuación, de forma que, será labor de la defensa intentar destruir la presunción iuris tantum de legalidad de la actuación policial, y demostrar que la muestra analizada está lejos de ostentar la naturaleza de indubitada que se le presume, bien, como ya decíamos, solicitando la testifical de los funcionarios que realizaron tal actividad, o bien, solicitando que se practique nuevamente el análisis, pero, en este caso, de un muestra directa voluntariamente cedida por el sospechoso, supuesto poco común en la práctica.

5. Conclusión.

El régimen aplicable a la toma subrepticia de muestras biológicas y a su posterior análisis, en nuestra opinión, debiera ser el resultante de una combinación entre el previsto para la recogida de muestras biológicas dubitadas y el previsto para el análisis de las indubitadas, porque dicho vestigio comparte caracteres tanto con unas como con las otras.

Mientras que para la recogida, como señalábamos, habría de asimilarse dicho vestigio a los dubitados, y, por tanto, estaría legitimada la policía para llevar a cabo la toma sin necesidad de intervención judicial alguna, para el análisis, en aquellos casos en que pudiéramos otorgar a la muestra obtenida subrepticamente la naturaleza de indubitada –que será siempre, como consecuencia de la presunción de legalidad de la actuación de la policía que ya desarrollábamos en el epígrafe precedente- sería necesario que mediara autorización judicial habilitante, porque ello es requisito preceptivo previo cuando se trata de este último tipo de muestras, salvo que, como sabemos, el sujeto pasivo dé su consentimiento.

Sin embargo, no es este el criterio defendido por el Tribunal Supremo, que, en sentido contrario, entiende innecesaria tal actuación judicial, y otorga a la policía legitimación tanto para recoger el vestigio como para enviarlo a analizar.

Si bien no compartimos dicho parecer, por considerarlo poco garantista, no podemos dejar de entenderlo, porque, pese a que a lo largo de este trabajo hemos defendido en más de una ocasión que el resultado positivo obtenido tras el análisis y la comparación de los polimorfismos de ADN no puede ser prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, la realidad es que en la mayoría de los casos en los que se acude a esta técnica, la sentencia condenatoria se sustenta fundamentalmente en el mencionado resultado, prueba de ello son tanto la sentencia de 2005 de la Audiencia Nacional, como la de 2013 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, ambas confirmadas por el Supremo.

Aunque se tengan en cuenta otras pruebas o indicios, solo la combinación de estos con aquel hacen posible la condena, de forma que, declarada ilegal la prueba pericial científica del ADN, el condenado tendría que ser absuelto, y en casos como el del violador ya visto, el Tribunal Supremo se ve en la tesitura de tener que optar entre inclinarse por una opción menos garantista o dejar en libertad a una persona que ha cometido una violación, y que, por aplicación del principio *non bis in ídem* no podría volver a ser juzgado por los mismo hechos.

Ante esta tesitura, el Supremo opta por otorgar un valor preponderante al interés público inherente a la eficaz persecución de los delitos frente a la garantía de los derechos fundamentales, elección que, desde nuestro punto de vista, no es la correcta porque, a nuestro entender, exigir que medie intervención judicial para el análisis de este vestigio biológico no favorece en absoluto la impunidad, ni limita la persecución eficaz de los delitos, como tampoco lo hace dicha exigencia cuando se trata de muestras indubitadas *strictu sensu*.

6. Bibliografía.

- LORENTE ACOSTA, J. A. y LORENTE ACOSTA, M., *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995, Comares.
- NELSON, D. L. y COX, M. M., *Lehninger. Principios de la bioquímica*, Barcelona, 2009, 5ª edición, Omega.
- CASTELLANO ARROYO, M., *Estudio individual de los indicios. Estudios de ADN*, en Dogmática Penal, política criminal y criminología en evolución, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1997, Comares.
- V. LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *El análisis de ADN en el proceso penal, Trabajo de Cátedra*, La Laguna, 1999.
- V. ROMEO CASABONA, C. M., *Las intervenciones sobre el genoma humano y sus implicaciones para el Derecho: la intervención del Derecho Penal*, en Dogmática Penal, política criminal y criminología en evolución, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, La laguna, 1997.
- MORA SÁNCHEZ, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN, Cátedra de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao-Granada, 2001, Comares.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, 2014, Tirant Lo Blanch.
- SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Valencia, 2009, Tirant Lo Blanch.
- JEFFREYS, A., WILSON, V., THEIN, S.L., *Individual-specific "fingerprints" of human DNA*, Nature, Vol. 316, 1985, p. 76 a 79.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *La prueba biológica en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, Derecho y salud, Vol. 3, Nº. 1, diciembre de 1995, p. 225.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN* [disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>].

- RAMOS ALONSO, José Vicente, *La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal*, Diario La Ley, Nº 7364, Sección Doctrina, marzo de 2010, La Ley.
- FERNÁNDEZ DE SIMÓN, L., *La cadena de custodia en los análisis de identificación genética*, Madrid, [disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/COMUN_FERNANDEZ_SIMON%20\(2\).pdf?idFile=fcc99266-d6f0-4127-ae38-96a2f5c9109f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/COMUN_FERNANDEZ_SIMON%20(2).pdf?idFile=fcc99266-d6f0-4127-ae38-96a2f5c9109f)]
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús, *ADN y derechos fundamentales (breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN –frotis bucal- a detenidos e imputados)*, Diario La Ley, Nº 7774, Sección Doctrina, 12 de enero de 2012, La Ley.
- Manual de Interpol sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN. Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de la interpol. 2009. 2ª edición.
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL USO FORENSE DEL ADN, actividades 2009-2010, Ministerio de Justicia.