

**LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN. ÁMBITO DE LA BASE DE DATOS.  
TOMA DE MUESTRAS. CONSENTIMIENTO Y ASISTENCIA LETRADA.  
EMPLEO DE FUERZA**

**(Ponencia presentada al Curso sobre Genética Forense celebrado en Madrid los días 22 a 24 de mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales).**

**Jaime Moreno Verdejo  
Fiscal del Tribunal Supremo**

## **BREVE EXTRACTO**

*La posibilidad de incluir en una base de datos nacional los perfiles de ADN de determinadas personas para compararlos con los perfiles de muestras halladas en las escenas del crimen, supone una herramienta de enorme interés para el descubrimiento e investigación de los delitos. La LO 10/2007 regula esta materia, pero sigue siendo, en cierto modo, una desconocida para muchos juristas. Los problemas que se suscitan en relación a esta materia son muy variados: ¿quién y bajo qué condiciones toma las muestras?, ¿quién ha de someterse a esa toma?, ¿es necesaria la asistencia letrada para recabar el consentimiento al detenido?, ¿es posible recurrir, en caso de negativa, a la fuerza?, ¿cuánto tiempo están esos datos en la base?, ¿qué información ofrecen tales datos?. Esos y otros interrogantes se tratan de abordar en esta ponencia, analizando los pronunciamientos jurisprudenciales que hasta la fecha ha dictado el Tribunal Supremo.*

## **SUMARIO**

### **I. Introducción.**

### **II. Ámbito de la base: datos que acceden a la misma**

#### **II. 1) Delimitación objetiva**

#### **II. 2) Delimitación subjetiva**

### **III. Derechos de acceso, rectificación y cancelación**

### **IV. Régimen de la toma de muestras dubitadas que se incluirán en la Base de datos**

#### **IV.1. Evolución jurisprudencial sobre el régimen de la recogida de muestras dubitadas:**

#### **IV.2. Valor de la muestra tomada directamente por la Policía en el caso de un eventual incumplimiento de ese régimen de recogida**

### **V. Régimen de la toma de muestras indubitadas que se incluirán en la Base de datos.**

#### **V.1 Evolución jurisprudencial y doctrina consolidada en relación a la toma por la Policía de muestras del sospechoso cuando ello no exige una inspección o intervención corporal**

#### **V.2 Problemas derivados de la prestación de consentimiento por el interesado para que le sea tomada la muestra con destino a la base de datos. ¿Es necesaria la asistencia letrada?**

#### **V.3 ¿Es posible el empleo de la fuerza para dar cumplimiento al auto judicial que ordena la toma de muestras de un sospechoso para su inclusión en la base de datos?**

### **VI. Conservación de los datos en la base**

### **VII. Conclusión**

**ANEXO I Informe de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores a la Comisión Nacional sobre uso forense del ADN sobre determinados extremos de la investigación de ADN en el marco del proceso penal de menores**

**ANEXO II Documento de consentimiento informado para obtención de muestras de ADN en asunto criminal**

## I. Introducción.

La regulación de la materia se encuentra en los arts. 326 y 363LEcrim, introducidos en la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

La firma por España el 7 de mayo de 2005 del Tratado de Prüm (Schengen III), junto a otros países europeos (Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo, Holanda y Austria<sup>1</sup>), que establece la posibilidad de intercambiar perfiles genéticos entre los países firmantes en las investigaciones que lleven a cabo, suscitó la necesidad de dar cobertura legal a las bases de datos que venían funcionando bajo regulación administrativa en los Cuerpos de Seguridad.

El ámbito y los problemas de esta materia coinciden solo de manera parcial si distinguimos entre la prueba individual de ADN y la creación de bases de datos de perfiles de ADN para permitir confrontaciones más amplias de sospechosos<sup>2</sup>.

Deben distinguirse los casos en que se autorizará, en el seno de un proceso, el análisis de una muestra de ADN hallada en el lugar del crimen y su confrontación con el ADN de un sospechoso -prueba directa o de “*uno contra uno*”-, en los que existe una conexión *a priori* directa entre el sospechoso y el delito, es decir existe una “causa probable” para efectuar la toma de muestras al sospechoso, de aquellos otros casos en los que contando con una muestra dubitada de ADN de un delito que accede a la base o que accederá en un futuro se va a comparar con el ADN indubitado de todos los individuos que han accedido o accederán a la base (prueba de “*uno contra varios*”). En este caso no existe esa causa probable o conexión previa y la investigación se extiende – por la mera comparación informática de los perfiles de la base- a todos quienes se hallen

---

<sup>1</sup> El Tratado vino fundamentalmente impulsado por Austria y Alemania, países con delincuencia transfronteriza que tuvieron un decisivo papel o interés en la firma del Acuerdo, al que se sumaron otros países como España.

<sup>2</sup> Sobre la materia de ADN puede verse el interesante libro “La prueba de ADN en el proceso penal”; Álvarez de Neyra Kappler, S.; Ed. Comares, 2008.

Sobre la Base de datos creada por la Ley Orgánica 10/2007 pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Etxeberria Guridi, J.F. “La Ley 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores de ADN”; Diario La Ley, n° 6901, marzo de 2008; Magro Servet, V., “El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de una base de datos de ADN”, Diario La Ley n° 6662, de 1 de marzo de 2007; y Martín Pallín, J.A, “Derecho a la intimidad en el proceso: el empleo del análisis de Adn en la investigación criminal” publicado por Thomson Aranzadi y la Agencia Española de Protección de Datos en el libro titulado *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*.

incluidos y por todos los delitos en los que se han incluido muestras dubitadas.

En realidad lo que hemos llamado prueba de “*uno contra varios*” debiera propiamente llamarse prueba de “*varios contra varios*”. Todas las reseñas indubitadas se comparan por el sistema con todas las dubitadas. Es decir, dado que en la base como sistema informático al que habrán accedido en clave alfanumérica los resultados de todas las muestras indubitadas y todas las dubitadas, la comparación se efectúa entre todas ellas, permitiéndose saber por ejemplo:

- Que varias de las muestras dubitadas (por ejemplo restos de semen en varias violaciones) pertenecen a la misma persona, aunque su perfil no esté en la base
- Que esa/s muestras dubitadas corresponden con un perfil que está en la base (bien por haber llegado antes de las muestras dubitadas o después a la misma).
- Que un perfil indubitado no es coincidente con ninguna de las muestras dubitadas de la base.

Ya prácticamente terminada y entregada esta ponencia y celebrado el Curso se dicta la Sentencia de 3 de junio de 2013 del TS de los EEUU en el caso Alonzo King. La vista oral había sido celebrada el 26 de febrero. King había sido detenido en 2009 por lesiones y amenazas. Al amparo de la legislación de Maryland (coincidente con la otros 26 Estados) se le practicó frotis bucal y su perfil genético se incluyó en la base de datos, haciendo match con una muestra dubitada de un delito de violación cometido en 2003. King resultó condenado por dicha violación; no así por los hechos de 2009. El Tribunal de instancia estimó constitucional la injerencia. El Tribunal de apelación de Maryland cambió dicho criterio y consideró que la toma de ADN supuso, ante la ausencia de causa probable, una injerencia prohibida por la 4ª enmienda (que prohíbe los registros e injerencias arbitrarias) absolviendo por el delito de violación. El TS, en una importante sentencia ("*Creo que este es el caso más importante relacionado con el procedimiento criminal sobre el que esta corte ha deliberado en décadas*", dijo en febrero el magistrado del Tribunal Supremo Samuel Alito) ha considerado acorde a la Constitución la práctica policial consistente en extraer muestras de ADN a personas detenidas por casos graves, pero aún no condenadas por la justicia. La votación ha sido muy ajustada (5 a 4 a favor de la constitucionalidad). Para la sentencia es una práctica policial legítima y razonable bajo el amparo de la Constitución, como tomar las huellas dactilares o sacar fotografías de los detenidos. El voto particular del juez Scalia (al que se suman otros tres magistrados), por el contrario, señala “*no se equivoquen: tras la decisión de hoy, su ADN puede ser recogido y registrado en una base de datos nacional si alguna vez son arrestados, sean o no culpables y por cualquier motivo (...) se resolverán algunos crímenes por resolver, está claro. Pero también se resolverían muchos si se recogieran, por ejemplo, muestras de ADN cada vez que alguien sube a un avión...*”. Y, acudiendo a inferir la probable intención de los Padres Fundadores, al final de su voto disidente señala “*Perhaps the construction of such a genetic panopticon is wise. But I doubt that the proud men who wrote the charter of our liberties would have been so eager to open their mouths for royal inspection*”.

## **II. Ámbito de la base: datos que acceden a la misma**

El art. 3 de la LO 10/2007 se refiere de un lado a las muestras que en el marco de una investigación criminal hubieren sido “halladas”, se supone que en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima o en el arma o en ropas, etc, y cuyo autor se desconoce, pero cuyo conocimiento supondría un elemento básico para la investigación.

De otro lado se alimentará la base con aquellos perfiles indubitados que se obtienen de “*sospechosos, detenidos o imputados*” de determinados delitos –con cuyo ADN serán comparadas por el sistema informático de la base aquellas muestras sin esclarecer o dubitadas-.

Por tanto, la base de datos se integra, por una parte, de muestras dubitadas de, llamémosle, delitos por resolver, es decir, vestigios recogidos a lo largo de una investigación y que en principio no son atribuibles a ningún individuo en concreto y, por otra parte, muestras indubitadas consistentes en perfiles de sujetos sospechosos por haber cometido determinados delitos.

El orden cronológico de acceso a la base de las muestras dubitada e indubitada será indistinto.

El art. 3 de la Ley lleva a cabo una regulación de esta materia en forma muy amplia. Cabe decir que se han restringido mínimamente los posibles sujetos cuyo perfil accederá a la base de datos.

El citado art. 3 dispone:

*“Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial.*

*1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:*

*a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados*

*b) los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.*

*La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.*

*2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento”.*

## **II. 1) Delimitación objetiva**

Tres variables –señala Guillén Vázquez<sup>3</sup>- justifican la utilidad del archivo: la gravedad del delito; la posibilidad de reincidencia y el hallazgo frecuente en los mismos de vestigios biológicos. No se trata de incluir perfiles de ADN sin utilidad alguna en la base de datos.

Se señala en el art. 3 de la Ley un conjunto de delitos respecto de los cuáles podrá acudir a la base de datos. Dice el precepto: “*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*”.

Han de entenderse por ello incluibles las muestras procedentes de:

- Todos los delitos graves, con independencia de la naturaleza y clase que sean. Entendiendo por graves (arts. 13 y 33 CP) aquellos cuya pena en abstracto (la señalada por el Código al delito y no la que luego se imponga por las circunstancias del caso) sea pena grave por exceder de una determinada duración (5 años si se tratare de pena de prisión).

- Los delitos que no sean graves, por tanto los “menos graves” (art. 33.2), pero no todos ellos, sino sólo aquellos que sean de la naturaleza recogida en el listado del art. 3. A esta interpretación conduce la expresión “... *graves y, en todo caso, los que...*”, que alude a los no graves.

- Se excluyen las faltas.

Se trata de una amplia lista.

No es fácil en ocasiones en el inicio de la investigación poder trazar ajustadamente la calificación delictiva y no es infrecuente que a lo largo de la investigación la tipificación inicial pueda variar, lo que pudiera provocar cambios de criterio sobre la decisión de tomar la muestra o de incluir o excluir la muestra de la base. Esa problemática y cambiante calificación se deja en la ley en manos de la Policía y en la práctica se cumple en un doble momento: primero, en la decisión del instructor del atestado por un determinado delito que toma al sospechoso una muestra de saliva para su remisión a la base y que habrá debido ponderar que el delito es de aquellos que lo permiten, y en un segundo momento, en la recepción de la muestra en Policía Científica quien deberá extraer de ella el ADN e incluirla en la base, momento en el que se establece un sistema de criba para, con arreglo al art. 3, no analizar y procesar aquellas muestras remitidas por delitos ajenos al ámbito del art. 3 (por ejemplo, muestra tomada al detenido en un control por una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin resultado dañoso alguno).

---

<sup>3</sup> Guillén Vázquez, M; “*Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al Derecho Comparado*”. Ponencia presentada al Curso “*Nuevas técnicas de investigación del delito: Intervenciones corporales y ADN*”, celebrado en junio de 2004 organizado por la Fiscalía General del Estado. <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL40.pdf>

La mención del precepto al referirse a los delitos menos graves no es coincidente con los Títulos del Código Penal. Tampoco se acotan los delitos que se incluyen dentro de cada grupo. Esto puede traer dificultades de interpretación.

Así, entre los que afectan a la “vida” no se excluyen literalmente los cometidos por imprudencia ni el auxilio al suicidio, lo que pudiera resultar excesivo; entre los patrimoniales se restringe a los cometidos con violencia o intimidación o fuerza en las cosas, lo cual a su vez podría dejar fuera algunos con interés (se ha puesto el ejemplo del hurto de una valiosa obra de arte). Sin duda, los delitos de naturaleza sexual, los homicidios o asesinatos, y los relacionados con actividades terroristas (pese a que la expresión no aparece en la ley) son las verdaderas estrellas de esta regulación, aunque en la práctica se está revelando la base de mucha utilidad también en delitos de robo.

Algunos delitos incluidos en el art. 3 no parece que justifiquen una toma de muestras al sospechoso para su inclusión en la base. Así: amenaza de marido a mujer en el curso de una discusión conyugal (ahora siempre delito del art. 171.4) o el maltrato ocasional entre parientes del art. 153 CP.

No obstante, en la práctica, aparte de la lógica importancia de la base en el descubrimiento de delitos de agresión sexual y de delitos de homicidio y asesinato, también se está revelando la base esencial para el descubrimiento de los autores de robos con violencia o con fuerza en las cosas, a la cabeza de los delitos descubiertos. Puede decirse que estadísticamente los tres tipos de delitos señalados (agresión sexual, homicidios y robos) son los de frecuente descubrimiento por la base de datos. Por solo citar un dato estadístico: en el año 2012 1329 personas fueron identificadas como autores de delito; 105 homicidios; 201 agresiones sexuales; 121 robos con violencia y 507 robos con fuerza.

## **II. 2) Delimitación subjetiva**

### **II. 2. a) Sujetos que acceden a la base aun sin su consentimiento. Menores**

El art. 3 apartado 1 a) indica que se “*inscribirán*” en la base los perfiles de aquellos “*sospechosos, detenidos o imputados*” de los delitos antes señalados.

La restricción vuelve a ser mínima. Basta, según la literalidad de la ley, que una persona sea *sospechosa* de un delito de la lista (por ejemplo un robo con intimidación) para que pueda tomársele una muestra de ADN e incluirla en la base de datos a fin de solucionar no el caso en el que es sospechoso (que tal vez no precise o ni siquiera pueda investigarse por ADN) sino otros delitos indeterminados cuyas muestra dubitadas han accedido o accederán en el futuro a la base.

El consentimiento de estos sujetos no será preciso para que su perfil genético ingrese en la base (art. 3.1.pfo 2).

Pese a las advertencias de un importante sector doctrinal, con invocación del principio de proporcionalidad (aludido en el art. 363), de que los requisitos para la inclusión de personas en la base tendrán que ser más restrictivos que los tomados para un caso concreto pues la vinculación *ab initio* del sujeto con el delito será menor –

prácticamente nula- (en la investigación de un caso concreto se puede estar a la vinculación de un individuo con el delito, no así en una base de datos en que la vinculación en principio es nula y la inclusión por tanto deberá ser más restrictiva; es más, la vinculación precisamente nos la dará esta coincidencia de perfiles conseguida gracias a la base de datos), sin embargo, la Ley no parece orientarse por esa medida y, en línea con las últimas tendencias de la legislación comparada, se inclina por un amplio espectro de personas que accederán a la base.

Si ya era complicada y dispersa la terminología que usa la LECrim al referirse a los denunciados, querellados, encartados, imputados, procesados, acusados, condenados ... ahora la voz “*sospechoso*” -término que parece que se abre paso pues es empleado también en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal- viene a añadirse a aquellas.

El término “*sospechoso*” amplía el concepto de imputado, pues no se exigirá que el sometido a la prueba haya adquirido ese status procesal. No es preciso que se le haya tomado declaración judicial previamente (como exige para el imputado la STC 15 de noviembre de 1990 y ahora plasma legalmente el art. 779.4ª LECrim).

Ahora bien, la medida de intervención corporal no podrá adoptarse indiscriminadamente, frente a cualquiera. Deberán concurrir en el sometido unos mínimos indicios que permitan atribuirle la condición de “*sospechoso*”. No es *sospechoso* cualquiera.

No cabe, por ello, someter obligatoriamente a la prueba a personas del entorno familiar del sospechoso (ascendientes...) aun cuando de su análisis de ADN pudiera averiguarse la participación de aquél.

El término *detenido* y el de *imputado* (tras la reforma del art. 779.4 LECrim) tienen una mayor concreción que el de *sospechoso*.

Se puede ser sospechoso sin que luego en la causa quede siquiera constancia alguna de ello bien por no haber llegado a ser detenido o siquiera citado (art. 486 LECrim) ante el Juez. No se sobresee necesariamente siquiera la causa respecto de iniciales sospechosos que no hayan obtenido un mayor status procesal. El término es, pues, especialmente policial y por ello se ha optado por un sistema de amplitud máxima en cuanto a las personas que accederán a la base.

La necesidad de una legislación interna que acote los supuestos en que puede accederse o mantenerse en la base a un sujeto es puesta de relieve -en relación a la amplitud de la normativa inglesa- por el TEDH en el asunto “*S. and Marper v. UK*” en el que ha dictado sentencia de 4 de diciembre de 2008 por la que condena al Reino Unido por vulneración del art. 8 del Convenio, derecho a la intimidad personal y familiar, habida cuenta de la retención indefinida y sin concreción por hechos delictivos determinados de las huellas dactilares, muestras celulares y de ADN de los dos demandantes para integrarlas en la base de datos policial.

El caso concreto se refiere a S., de once años de edad, detenido por robo del que resultó absuelto y Marper, padre del anterior, detenido en otra ocasión por coacciones a su socio, caso que resultó sobreseído. A ambos, a raíz de tales detenciones, les fueron tomadas huellas dactilares y muestras celulares de ADN para su inclusión en la base de



datos. Al solicitar la destrucción de tales muestras y su exclusión de la base les fue denegada la petición.

La sentencia contiene una serie de interesantes pronunciamientos:

- La retención de esas muestras, dada la potencial información que contienen, interfiere su derecho a la intimidad personal y familiar.
- La retención de las huellas dactilares, aun siendo de menor efecto que el ADN, no puede ser reputada de insignificante o neutral para el derecho invocado.
- Examinada la legislación inglesa concluye que es la única que permite una retención indefinida de las muestras tras la absolución o archivo, sin requisito alguno que lo justifique y sin límites ni por el tipo de delito ni por la edad del sujeto, lo que estima una norma en blanco amplia e inaceptable.
- Señala que los demandantes sin haber sido condenados son tratados de la misma manera que las personas condenadas
- Estima que la retención de muestras de personas no condenadas es particularmente llamativa en el caso de menores de edad y por ofensas menores.
- Considera poco precisa y muy amplia la ley inglesa en este punto y estima vulnerado el art. 14 del Convenio.

En materia de menores es importante citar el Informe de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de fecha 20 de septiembre de 2010 dirigido a la Comisión nacional para uso forense de ADN en relación a la posibilidad y condiciones de la toma de muestras a menores. Como hemos visto la precitada STEDH S y Marper v. UK viene a admitir la inclusión de perfiles de menores. En tal informe se señala que es posible tomar ADN a menores de 14 a 18 años, asistidos de letrado si se hallaran detenidos, y que su consentimiento (art. 162 CC) no precisa asistencia de sus padres o representantes legales. Se adjunta el informe como ANEXO1 a este trabajo.

## **II. 2. b) Sujetos que voluntariamente quieran incorporarse a la base**

En el art. 3.2 se amplía más aún la posible configuración de la base con todos aquellos -“afectados” dice el precepto- que sin ser siquiera “sospechosos” de esos delitos, sin embargo se prestaren voluntariamente a estar en la base. Dice el precepto: *“Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento”*.

En principio podría parecer pausable dicha posibilidad y así lo han considerado distintos ordenamientos e incluso la Recomendación del Consejo de Europa lo contempla en su recomendación octava.

En fin, parece que la Ley no ve razón alguna para impedir el acceso a la base a cualquiera que acceda voluntariamente a ello.

Poco menos que la norma habilitaría a que se solicitara a todos los ciudadanos una muestra para integrarse en la base (por ejemplo en el momento de renovación de un pasaporte o del DNI), si bien, a diferencia del caso anterior (sospechoso de determinado delito), sólo se podría incluir a los que voluntariamente accedieran a prestarla. Habría derecho a negarse a esa inclusión.

No parece, en todo caso, que, a la luz de las Jornadas de debate sobre esta Ley celebradas en la Agencia de Protección de Datos en mayo de 2008 con asistencia de responsables policiales de la base de datos y en otras muchas jornadas posteriores, esta sea, ni mucho menos, la orientación que se quiera dar a la base.

Al margen de las dudas de la eficacia para la lucha criminal de integrar a tales personas y al margen igualmente del coste de gestión y del económico, surgirían otros problemas que apunto: ¿y si con la muestra dada voluntariamente por A se pudiera llegar a saber que es su hijo B quien tiene relación con una muestra dubitada de la base? ¿se extendería hasta ahí el consentimiento de A al dar la muestra? ¿habría sido informado A de tal posibilidad cuando se le recabó la muestra y su consentimiento para ingresar en la base?<sup>4</sup>

La previsión del art. 3 sin embargo está suscitando ya problemas en la práctica. Por la vía de este artículo acceden a la base no tanto personas sospechosas de un delito no incluido en la lista antes referida, sino otras personas: los que se encuadran en las categorías “staff” y “víctimas” que contiene la base (existen otras categorías como “sospechoso”, “menores”, “desconocido”, etc).

En materia de staff, así, y tiene toda su lógica, acceden a la base los perfiles de aquellos agentes que trabajan en los laboratorios de policía científica o que forman parte de los equipos de recogida de las muestras dubitadas (se trata de evitar que accedan muestras falsas que por contaminadas son inútiles) o inclusive de personas que manipulan material necesario para la recogida de muestras de los laboratorios proveedores.

Por esa misma razón –depurar las muestras dubitadas- acceden perfiles correspondientes a las víctimas de un delito (por ejemplo para saber si la mancha de sangre hallada en la habitación es de la propia víctima o del agresor desconocido conviene comparar esa mancha con el perfil indubitado de la víctima, si coincide habrá que excluir esa muestra dubitada de la base al ser inútil su inclusión). Lo que sucede en la praxis es que, aunque en raras ocasiones lógicamente, la muestra indubitada de la víctima que se introduce en el sistema para compararla con la muestra dubitada

<sup>4</sup> Sobre la posibilidad de que la información genética que posee un determinado individuo sirva no solamente para su caracterización individual sino que podría dar información relevante acerca de otros individuos relacionados genéticamente con él, puede verse GARCÍA, O, *ob cit*, pág. 185. Cita el caso de un joven estadounidense, nacido a partir de una inseminación artificial con semen de un donante anónimo obtenido de un banco de semen, que consiguió identificar a su padre biológico a través de Internet gracias al haplotipo de su cromosoma “Y” obtenido por una empresa y la comparación del mismo con los existentes en la base de datos de dicha empresa. Podemos observar cómo un hecho semejante podría realizarse con los perfiles genéticos anónimos obtenidos en una escena del delito, con los perfiles genéticos existentes en una base de datos de uso biomédico, etc. lo cual, aparte de las evidentes connotaciones bioéticas, plantea interesantes ramificaciones forenses.

encontrada y para saber si esa dubitada es del autor o de la víctima, esa muestra de la víctima resulta que coincide con otras muestras dubitadas de otros hechos delictivos y el sistema así lo delata (sucede en supuestos de riñas entre personas en las que la víctima resulta ser a su vez autora de otro delito pasado o futuro).

Surge entonces una primera cuestión: ¿debe el perito comunicar al juez tal casual coincidencia? La respuesta no ofrece a mi modo de ver duda alguna: sí ha de comunicar esos hechos. El juez valorará. Estamos en materia de derecho penal, ante delitos públicos.

La cuestión realmente es otra: ¿es válida la prueba? ¿cabe afirmar la validez de una coincidencia entre una muestra dubitada de un delito que se incorporó en su día a la base y la muestra indubitada de la víctima de otro hecho cuya incorporación a la base se ha efectuado a los solos efectos de validar la muestra dubitada del caso en el que fue víctima?. Creo que la prueba en estos casos es nula. La previsión del art. 3.2 de la Ley ampararía la incorporación a la base del perfil de todas las personas que quieran incorporarse a la base si es que al hacerlo (al entregar su muestra) saben perfectamente el destino que se dará a la misma. Pero la víctima, que ha accedido voluntariamente a ser introducido en la base lo ha hecho a los solos efectos de validar la muestra dubitada que sirve para esclarecer el delito en el que fue víctima. La voluntariedad en la prestación de su muestra ha estado viciada: otorgó la muestra para validar aquella en la que era víctima, no para -como posible autor- ser comparado con las muestras dubitadas de otras causas.

Un supuesto no exacto pero similar se encuentra en la STS 1261/1994, de 21 de junio, que analizó la validez de la comparecencia efectuada por el procesado (repárese en que no era la víctima sino el procesado y asistido de letrado y que se trataba de prueba de "uno contra uno" y no de un caso de inclusión en la base de datos, por entonces inexistente) ante el oficial del Juzgado en el que se instruía causa por violación y lesiones. Dicha comparecencia decía literalmente: "La extiendo yo el Oficial en funciones de Secretario para hacer constar que teniendo a mi presencia a DDG se le ofrece la posibilidad de extracción de sangre a fin de determinar el grupo sanguíneo *con fines exculpatorios*, manifestando: que lo hace voluntariamente, estando en presencia del Letrado...". EL TS en este supuesto en atención al empleo de la fórmula "*con fines exculpatorios*", señala que el consentimiento adoleció de un vicio que califica de cercano al dolo del art. 1269 CC<sup>5</sup> y, por ello, concluye en la violación del art. 11 LOPJ lo que impidió considerar o valorar dicha prueba.

Existe en este caso, a mi juicio, un problema práctico de configuración de la base de datos. A mi modo de ver cuando para introducir en la base una muestra dubitada sea preciso compararla previamente con el perfil de la víctima, éste perfil no deberá acceder a la base. Lo que quiere decir que el perfil de la víctima y su comparación con la muestra dubitada habrá de efectuarse extramuros de la base y solo si no coinciden permitir el acceso a la base de la muestra dubitada, pero nunca incluir en la base el perfil de la víctima.

---

<sup>5</sup> El art. 1269 CC dispone "Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho".

## II. 2. c) Competencia para decidir la inclusión en la base de un perfil

El hecho de que se investigue un delito incluido en la lista del art. 3 no debería suponer automáticamente la inclusión en la base de una muestra dubitada obtenida como consecuencia de la investigación.

Igualmente la sospecha de la comisión de uno de esos delitos del art. 3 por una persona no debe llevar a que se le tome siempre una muestra indubitada para su inclusión en la base.

Carecería de sentido en ambos casos si se tratara de un delito en el que por sus circunstancias no es dable la reiteración, o el círculo de posibles autores está muy reducido, etc.

Ahora bien, los términos del art. 3.1 al decir “*se inscribirán*” parece dar a entender que la decisión será automática, sin otro consideración sobre la eficacia de la medida, circunstancias del caso e incluso costes económicos.

¿Será la Policía quien decida la inclusión con comunicación posterior al juez que conozca de las diligencias o, en todo caso, deberá solicitar previa autorización al juez?

En la práctica la decisión corresponde al instructor del atestado (quien decide la toma de una muestra de saliva para remitirla a la base), si bien existe un filtro segundo representado por los gestores de la base para no procesar muestras remitidas por delitos ajenos al art. 3.

La Ley en el art. 6 dice que la remisión se efectuará por la Policía Judicial, lo que supone una clara apuesta por la solución policial. En el art 5 se refiere a que “*Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios*”, lo que sin duda es cuestión distinta de la que ahora examinamos.

Es pues la Policía actuante quien instruyendo un caso que reputa incluido en el art. 3 solicita del sujeto el consentimiento para la toma de la muestra y, si el sujeto acede a dar la muestra, la remite a la base. Después por los responsables de la gestión de la base se efectúa una segunda criba o filtro para incluir sólo aquellas muestras que procedan efectivamente de uno de estos delitos del art. 3 y no de algún otro que se encuentre excluido.

La intervención judicial se halla prevista cuando, ante la negativa del sujeto a prestar consentimiento, la Policía habrá de interesar del Juez autorización motivada, por auto, ordenando la toma de muestra y su inclusión.

En este punto se suscitan dos esenciales problemas que anuncio y que se desarrollan en otros apartados: ¿es necesaria la asistencia letrada para prestar el consentimiento? y, segundo, ¿cabe imponer la toma de muestras por la fuerza si pese a la orden del juez se niega el sujeto a dejarse practicar la toma?

Debe repararse en que las circunstancias de la inclusión del perfil que sea –dubitado o indubitado- en la base de datos puede ser una de las cuestiones que, una vez sea esclarecido un hecho mediante la misma –producido un match, como se dice habitualmente en el argot-, se pueda suscitar en el juicio oral.

## **II. 2. d) Víctimas de delitos**

El perfil genético de la víctima de un delito puede ser de interés: piénsese en posibles hallazgos de un perfil dubitado con mezcla de víctima y autor.

En los casos de prueba directa (uno contra uno) de ADN sostuve que -ante la infrecuente negativa de la víctima a una prueba comparativa de ADN- era posible que la autoridad judicial acordara que fuera sometida de manera obligatoria a este tipo de intervención corporal<sup>6</sup>. Señalaba como argumentos de esta postura que:

Primero, la razón contraria de que el art. 363 no da cobertura a la obligación de la víctima de someterse a la prueba no es decisiva. Por una parte, dicha cobertura puede sustentarse en el art. 778.3 LECrim que, al expresarse en términos más generales, no limita la toma de muestras subjetivamente. Por otra parte, el art. 363 no efectúa esa limitación: se refiere sólo a la parte pasiva de un proceso, al sospechoso, y en relación a los problemas que en torno al mismo se suscitan, pero no a la parte activa del procedimiento o víctima tal vez en la idea preconcebida de su normal disposición a la entrega de la muestra para la prueba. Que no diga nada de la víctima no permite concluir que la excluya en todo caso.

Segundo, la víctima tiene una serie de deberes con la Administración de justicia (no puede dejar de comparecer, no puede negarse a declarar o declarar falsamente, etc), cuyo incumplimiento reporta además consecuencias procesales y en ocasiones incluso de orden penal (arts. 463, 458 –falso testimonio- del CP, entre otros), por ello cabe apoyar la posibilidad de restringir su voluntad, conminándole a un análisis de esta naturaleza, en su deber de colaborar con la Administración de justicia.

Tercero, la solución debe tener en cuenta que la prueba puede resultar decisiva no sólo para lograr la condena de un culpable sino, en ocasiones, para evitar la condena de un inocente: piénsese en un posible recurso de revisión frente a una sentencia condenatoria en el que interesara la práctica de esta prueba exigiéndose la toma de muestras de la víctima. No parece que sea bastante en tales casos conformarse con la valoración, siempre posible desde luego, de la negativa de la víctima a la práctica de la prueba.

Sin embargo, en el caso distinto de su inclusión en una base de datos general entiendo que sólo de manera voluntaria podrá incluirse el ADN de la víctima en la misma.

---

<sup>6</sup> En mi trabajo *“ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”*; Ponencia destinada al curso *“Nuevas técnicas de investigación del delito: Intervenciones corporales y ADN”*, celebrado los días 21 a 23 de junio de 2004 en el marco del programa de formación continuada de la Fiscalía General del Estado.

Y, en cualquier caso, conforme a lo expuesto en el anterior apartado III.2.b), los perfiles genéticos incluidos en la categoría de víctimas de los delitos, desde luego no se podría utilizar para a su vez averiguar si pueden estar implicadas en la comisión de algún hecho delictivo sino únicamente para esclarecer el delito en el que se vieron involucradas como perjudicadas.

## **II. 2. e) Recursos frente a la decisión de inclusión en la base de un perfil.**

La decisión de incluir en la base un perfil ¿es recurrible? Nada dice la Ley 10/2007. Y no resulta fácil trazar esta cuestión. Menos aún desde el momento en que tampoco es clara la competencia para decidir tal inclusión. En cualquier caso entiendo, con las lógicas reservas y cautelas, que debe diferenciarse:

Si la muestra es dubitada y la decisión la adoptó el juez competente para conocer de la causa penal a la que dicha muestra pertenece, sólo se podrá recurrir en el seno de esa causa y mediante los recursos penales (reforma y/o apelación). Menos claro está si la decisión es policial, aunque en tal caso entiendo que habría de solicitarse al juez de Instrucción la revocación de dicha decisión.

Si la muestra es indubitada y el sujeto se niega a prestar la muestra se necesitará acudir al juez de instrucción interesando autorización. Repárese en que ese Juez está conociendo de un delito del art. 3 en el que el sujeto es sospechoso, detenido o imputado y que tal vez en ese delito no haya necesidad alguna de una toma de muestras de ADN al no existir muestra dubitada procedente del mismo. Aun así, estimo que será éste Juez –bien en la propia causa abierta por tal delito o en pieza separada- quien haya de decidir sobre la toma de muestra para la base en tanto que tal toma se efectúa solo con la legitimación de que el sujeto es sospechoso del delito que conoce ese Juez. La decisión del Juez autorizando o denegando por auto la toma de muestras (por estar que no concurren o que si lo hacen los requisitos subjetivos y objetivos, ya examinados, que recoge el art. 3) será recurrible por las partes ante la AP.

La toma de muestras de personas del staff o de víctimas será distinta.

La de la víctima se regirá por lo que hemos señalado para la dubitada.

La muestra que se toma a un miembro del staff creo que habrá de seguir un camino administrativo y posterior contencioso-administrativo.

## **III. Derechos de acceso, rectificación y cancelación**

La normativa sobre protección de datos contenida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, es de aplicación directa en esta materia conforme establecen la Disposición Adicional 2ª y el art. 9.3 de la Ley 10/2007.

Por tanto, los derechos de acceso, rectificación y cancelación que recoge el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, habrán de ser informados a todas las personas que accedan a la base. Entiendo que tanto a las personas cuya inclusión es obligatoria (art. 3.1) cuanto a aquellas que se incluyen voluntariamente (art. 3.2), pese a que solamente sea

en el apartado 1 del art. 3 donde se dice: *“La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento”*.

Sólo se excluye de esta normativa conforme al art. 2.2.c) de la LO 15/1999 los archivos incluidos en bases de datos (por tanto también en la base de datos de ADN) cuando sean relativos a *“terrorismo y formas graves de delincuencia organizada”*, si bien en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos. Por tanto, no todos los archivos de ADN de la base tendrán la misma regulación: los archivos de terrorismo y delincuencia organizada tienen un régimen especial.

La Comisión nacional para uso forense de ADN ha establecido un modelo de consentimiento informado muy completo con expresa advertencia de los derechos del art. 5 de la Ley de Protección de datos. En Anexo I al final de este trabajo se incluye este modelo formulario de consentimiento informado.

Entiendo que una vulneración o cumplimiento inexacto de esa información dará lugar a la responsabilidad disciplinaria que la Ley de Protección de Datos arbitra (infracción leve del art. 44.2.d), pero no arrostrará necesariamente el carácter nulo de la prueba salvo en aquellos supuestos en que se haya vulnerado con ello un derecho fundamental del acusado de incidencia directa en la causa. Existe base para tal solución en la interpretación dada por la STS 1311/2005, de 14 de octubre (Pte: Martín Pallín) que desestimó las quejas relativas a la esfera normativa de la protección de datos en un supuesto en que la Policía había recogido un esputo que un detenido lanzó al salir de la celda. Indica la sentencia: *“se denuncia la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no solo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la ley. 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 alguna. Es más, la Orden de 2 de Septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal”*.

La Ley señala (art. 2) que la base dependerá del Ministerio de Interior a través de la Secretaría de Estado de Seguridad.

Una vez que el afectado se encuentre incluido en la base podrá ejercer su derecho de cancelación en vía administrativa y posteriormente en vía judicial

contencioso-administrativa (art. 18 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos). Estimo que el Juez de instrucción que conozca del delito cometido por el sospechoso, delito que dio pie a que se le incluyera en la base pero que no se va a esclarecer con tal muestra, no tiene competencia para decidir sobre la cancelación. De otro modo se produciría una doble vía judicial (contencioso-administrativa y penal), que estimo ilógica, para decidir la inclusión o exclusión de un perfil indubitado de la base.

#### **IV. Régimen de la toma de muestras dubitadas que se incluirán en la Base de datos**

En la Base de datos habrán de incluirse las muestras dubitadas de delitos – enumerados en el art. 3- que estén pendientes de resolver.

Cuál sea el régimen de la toma de tales muestras se examina seguidamente.

La reforma en la LECrim operada por la LO 15/2003 parecía haber despejado algunas dudas en esta materia. El nuevo párrafo tercero del art. 326 mediante su remisión al art. 282 establece con claridad el siguiente régimen:

- Si hubiere peligro de su desaparición la Policía judicial<sup>7</sup> podrá directamente por sí recoger todos los instrumentos o pruebas del delito y las pondrá posteriormente a disposición del Juez. La intervención del Juez en tal caso se produce a posteriori.

- Si no existiere dicho riesgo de desaparición la competencia para su recogida corresponde exclusivamente al Juez, quien podrá en cuanto a la ejecución proceder por sí u ordenarlo a la Policía Judicial o al médico forense<sup>8</sup>. En este último caso siempre debe existir intervención judicial ya sea en la propia recogida o en la autorización previa de la misma.

Así las cosas la LO 10/2007 incide en esta materia:

La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, con el rango de Ley Orgánica (la Disposición Final 2ª se lo otorga), señala ahora: *“Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones,*

---

<sup>7</sup> El art. 28 del R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial, que establece los cometidos de las unidades especialmente adscritas a los Órganos Judiciales o al Ministerio Fiscal le atribuye competencias en materia de Policía Científica para la realización de inspecciones oculares o recogida de pruebas.

<sup>8</sup> Ahora bien, el art. 778.3 además de al médico forense extiende la referencia a “otro perito”, pudiendo ser, por tanto, cualquier persona designada por el Juez quien ejecute la recogida, aunque no sea médico-forense o no sea miembro de la Policía Judicial. El precepto dispone: *“El Juez podrá acordar cuando lo considere necesario, que por el Médico Forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente que enviará el resultado en el plazo que se le señale”*



*reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.*

Por tanto, frente al régimen visto, la DA 3ª señala que la Policía judicial procederá a la toma de muestras del lugar del delito, sin referencia alguna a la existencia o no de riesgo de desaparición.

#### **IV.1. Evolución jurisprudencial sobre el régimen de la recogida de muestras dubitadas:**

El Tribunal Supremo a propósito de dicha competencia para la recogida de vestigios ha venido siguiendo criterios no siempre coincidentes y que ahora quedan marcados más claramente por la reforma 15/2003.

Una resolución aislada que limita en todo caso la recogida de vestigios a la autoridad judicial es la STS 510/1997, de 14 de abril. El caso era el siguiente: en la vivienda de una anciana víctima de un robo con homicidio fueron encontradas por la Guardia Civil una huella dactilar correspondiente a uno de los penados en una caja de la habitación de aquélla y una colilla en un cubo con agua que mediante análisis de ADN resultó que contenía restos de dicho penado. El juez instructor por medio de auto había ordenado a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil que investigara y que recogiera las huellas y vestigios que del delito pudieran existir, lo que así se hizo. El TS señala que no puede atenderse al resultado de ambas pruebas, y absuelve a dicho penado por presunción de inocencia (no así al otro penado en quien concurrían otras pruebas, fundamentalmente una testifical) ya que, al margen de que el recurrente había acudido en alguna ocasión a la vivienda lo que restaba relevancia al hecho de hallar en tal lugar una huella y una colilla, tales muestras no se recogieron adecuadamente a juicio del TS ya que *"no intervino la Autoridad judicial en la recogida de las citadas huella dactilar y colilla de cigarrillo"*. La sentencia señala que, aun mediando una orden del juez para la actuación a la G. Civil, ello no puede servir para modificar las normas procesales que imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de efectos, salvo que concurren razones de urgencia que aquí no se dieron, y concluye que la Policía tenía que haber dado cuenta al Juzgado del hallazgo de la huella y de la colilla, para que éste hubiera acudido allí a verificarlo con la correspondiente actuación procesal. "La actuación de la Guardia Civil al respecto -prosigue la sentencia-, sin intervención judicial, no puede constituir prueba de que tal huella y tal colilla de cigarrillo realmente estuvieran en el lugar del delito". Invoca en apoyo de esta tesis la doctrina recogida en la STC 303/1993, F.J. 4º, referido a la intervención de diez bolsas de hachís en el interior del vehículo aprehendido dos días antes por la G. Civil, en la que no concurrió la referida nota de urgencia, lo que llevó al TC a privar de valor probatorio a dicha actuación policial.

El tenor del nuevo párrafo tercero del art. 326 impide a partir de ahora la solución ofrecida en esa sentencia. Si existe riesgo de desaparición la recogida puede efectuarse por la Policía. Si no existe, el Juez –como sucedió en el caso analizado– puede ordenar a la Policía Judicial o al forense (o a otro perito –art. 778.3-) que recojan

las pruebas materiales, pero no necesariamente tiene –como señala la sentencia- que proceder por sí a tal recogida.

La línea marcada por la reforma se vino expresando en la mayoría de las sentencias, entre otras, en la STS 1270/1998, de 31 de octubre. La AP de Almería había condenado por asesinato, basándose, entre otras pruebas, en que la sangre hallada en las botas del acusado coincidía con la de la víctima. Dichos botines, que habían sido entregados por los familiares en el rastrillo de la cárcel para hacérselos llegar al procesado cuando aquel estaba en situación de preso preventivo, fueron recogidos por la G. Civil en virtud de la orden dada por el Juez de instrucción para ello. El TS confirma en este sentido la sentencia y no acepta el argumento del recurrente de que no hubo control judicial de las actuaciones policiales.

Son muchas otras las sentencias en las que ni siquiera se llega a plantear el problema aceptando la recogida de muestras por la Policía bajo la orden del Juez, como previene ahora el art. 326.3.

#### **IV.2. Valor de la muestra tomada directamente por la Policía en el caso de un eventual incumplimiento de ese régimen de recogida**

Ahora bien, también debemos cuestionarnos cuál es el valor que ha de anudarse al hecho de que los vestigios se hayan ocupado sin respetar ese régimen legal, es decir, directamente por la Policía en casos de ausencia de la nota de riesgo y sin orden del juez autorizando la recogida. La respuesta en estos casos no puede ser sin más la de la nulidad. En este sentido cabe citar la STS 1244/2001, de 25 de junio, que admitió la recogida de muestras por la Policía sin riesgo de desaparición ni autorización judicial. La queja de la Defensa del acusado era que se utilizó como medio de prueba una que debió considerarse nula: la inspección ocular realizada por la Guardia Civil en el vehículo Renault-5 del que se obtuvieron las muestras que luego sirvieron para acreditar, por medio de análisis de ADN, que pertenecían a restos biológicos de la víctima. Y ello porque, sin razones de urgencia, la inspección ocular fue realizada por la policía cuando tenía que haberse acudido al juzgado para que fuera la autoridad judicial quien la realizara. La sentencia desestimó tal queja señalando que *“La policía judicial está, no sólo autorizada, sino obligada, a actuar en su misión de averiguar el delito y descubrir y asegurar a los delincuentes ( art. 126 CE, arts. 282 y ss. LECr. y art. 11.1 g) de la LO 1/1986, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad). Y en tales funciones está facultada para efectuar registros e inspecciones oculares sin autorización judicial cuando no hay relación alguna con los derechos fundamentales de las personas. Otra cosa es la eficacia procesal de estas actuaciones que ordinariamente sólo sirven como medio de investigación y no como prueba de cargo apta para fundamentar una sentencia penal condenatoria. Sólo puede tener este último valor cuando acceden al juicio oral a través de las correspondientes declaraciones testificales de los funcionarios policiales que actuaron en el atestado correspondiente, que es lo que ocurrió en el caso presente, en el cual en el plenario testificaron varios guardias civiles, entre ellos dos que actuaron en esa diligencia de inspección ocular donde se produjo la recogida de las muestras luego analizadas por el Instituto de Toxicología que realizó las mencionadas pruebas de ADN lo que también tuvo acceso al juicio oral a través de las manifestaciones de los peritos que las realizaron.*

*Se requieren razones de urgencia y necesidad para la actuación de la policía en inspecciones oculares sólo para que las diligencias correspondientes puedan tener*

valor como prueba de cargo preconstituida, conforme a la doctrina del TC expuesta en su sentencia 303/1993.

*No hay razón alguna para considerar nula esa inspección ocular realizada por la Guardia Civil sin autorización judicial”.*

Esta sentencia admite que se practicara por la Policía, sin urgencia, y sin haber recibido la orden para ello del Juez, la recogida de muestras. Ciertamente ello va en contra de lo dispuesto en los arts. 326 y 282. No obstante, esa irregularidad procesal no es causa de nulidad *per se* de la prueba si con ello no se vulnera derecho fundamental alguno (art. 11 LOPJ). Y por ello si en el plenario las dudas acerca de la efectiva recogida de vestigios, acerca de la regularidad de la cadena de muestras, y demás circunstancias quedan suficientemente probados a juicio de la Sala en atención a las declaraciones de los agentes intervinientes, resulta injustificado atribuir el carácter de nula a la prueba, pese a la irregularidad cometida.

La STS 996/2000, de 30 de mayo, a propósito de esta cuestión, viene a establecer en forma amplia el concepto de necesidad de la recogida; señala: *“Con cierta frecuencia empieza a cuestionarse la diligencia de inspección ocular efectuada por la policía a pretexto de no estar presente la autoridad judicial. En tal planteamiento olvida el artículo 282 de la LECrim que autoriza expresamente a la policía judicial a “...recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito...”. Se trata de unas actuaciones efectuadas por la propia policía judicial anteriores a la investigación judicial en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas y que tiene por finalidad la obtención de las fuentes de pruebas con evidente riesgo de desaparición, como ocurre con la recogida de huellas. Esta diligencia puede ser judicializada a través de la presencia de los miembros actuantes en el Plenario, con lo que tal diligencia queda debidamente incorporada al mismo y sometida a los principios de publicidad y contradicción. En el mismo sentido puede citarse el art. 28 del R.D. 769/87, regulador de la Policía Judicial”*. En similar sentido la sentencia 899/2001, de 16 de mayo, en relación con la ocupación de efectos por la policía en la práctica de un registro en un automóvil, que a su vez cita, entre otras, las sentencias de 19 de julio y 13 de octubre de 1993, 24 de enero de 1995 y 19 de junio de 1996.

Por último no cabe olvidar, como ha señalado la doctrina<sup>9</sup>, que en relación con tal recogida lo esencial es que se realice por personal especializado y de forma que se garantice absolutamente lo que se ha llamado "cadena de custodia de la muestra", es decir la identidad entre la muestra recogida y la analizada<sup>10</sup>. Esa recogida de muestras de la escena del crimen precisa de unos equipos policiales de investigación muy preparados para conocer de dónde pueden obtenerse esas muestras, rastrear a tal fin correctamente el terreno y evitar contaminaciones y fallos.

---

<sup>9</sup> Luzón Cuesta, J.M. “La investigación sobre el ADN y sus problemas. Toma de muestras”. *Revista del Ministerio Fiscal* n° 6. 1999.

<sup>10</sup> Sobre normas para la recogida de muestras: Orden del Ministerio de Justicia de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología.

## **V. Régimen de la toma de muestras indubitadas que se incluirán en la Base de datos.**

La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, señala: “*Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

De ahí cabe deducir el siguiente régimen para tomar muestras indubitadas que accedan a la base de datos:

- Muestras que no requieren para su toma una intervención corporal (por ejemplo, tomando un caso real, un escupitajo lanzado al suelo por el sospechoso): la Policía podrá por sí tomar esa muestra, sin autorización judicial. No es necesario que consienta el afectado.

- Muestras que requieren una intervención, reconocimiento o inspección corporal (la recogida de saliva o células de la boca con un hisopo, aun de carácter leve, es una intervención corporal). Se distingue:

- Si el afectado consiente: la Policía puede hacerlo por sí sin intervención judicial. Surge aquí la cuestión de la necesidad de asistencia letrada.

- Si el afectado no consiente en la entrega; será necesaria autorización judicial mediante auto motivado. Surge entonces un problema clave: ¿y si el sujeto no accede a que le introduzcan el hisopo en su boca? ¿podrá hacerse por la fuerza?

Los problemas que se suscitan en cada caso son diferentes y se examinan en los apartados que siguen.

### **V.1 Evolución jurisprudencial y doctrina consolidada en relación a la toma por la Policía de muestras del sospechoso cuando ello no exige una inspección o intervención corporal**

Precisamente en relación a dos cuestiones: la obtención policial de muestras cuando consisten en excrecencias del acusado y en la necesidad o no de previa solicitud judicial para su análisis es donde se ha producido, en los últimos tiempos, la mayor disparidad de pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Veamos la sucesión de criterios que ha terminado con un Acuerdo del Pleno de la Sala de fecha 31 de enero de 2006 unificando la doctrina jurisprudencial :

a) La STS 1512/2003, de 5 de noviembre (Pte Abad Fernández) admitió la validez de la recogida de la muestra en el siguiente caso.

El procesado al tirarse por la ventana de la Jefatura de Policía resultó lesionado, y cuando era trasladado en ambulancia, al salirle sangre de la comisura de la boca, fue limpiada por los policías con un algodón que luego fue remitido a la Policía Científica.

Por tanto –dice la sentencia- toda la actuación de los agentes consistió en la recogida de algo que ya estaba en el exterior, como en el caso de manchas en una camisa o de restos en el suelo. No hubo intervención corporal sino solo recogida de muestras de algo que estaba ya fuera del cuerpo, lo que no dejó de tener un carácter humanitario de limpiar de la boca la sangre que le salía.

Admite el TS la validez del razonamiento de la sala de instancia que atiende, específicamente a que la muestra recogida se encontraba ya en el exterior lo que determina la afirmación de no tratarse de una intervención corporal en sentido estricto.

b) El punto de máxima inflexión en la materia, se produce con la STS 501/2005, de 19 de abril (Pte: Delgado García).

La sentencia analiza la cuestión con pretensiones de establecimiento de criterios generales en torno a la forma y manera en que ha de procederse a la recogida de muestras.

En el caso presente –afirma la sentencia- quedaron incumplidas las mencionadas garantías en un momento tan importante como el de la toma de restos biológicos para constituir la llamada muestra indubitada.

El hecho consistió en que un agente de la policía –que luego testificaría en juicio- recogió con un hisopo los restos (un esputo) hallados en la celda que ocupaba el acusado Orkatz (miembro de un comando terrorista).

La sentencia señala que las normas procesales imponen al juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de esta clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, salvo que por razones de urgencia pueda actuar directamente la policía. Y concluye la sentencia que no había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente. 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.

Al discutible criterio –que luego sería, como veremos, modificado en un Acuerdo del Pleno y en otras resoluciones- añade la sentencia que aunque realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica en la celda que venía ocupando el acusado aquí recurrente, incluso en tal hipótesis, nos encontraríamos ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica. Y ello era necesario.

Por tanto, al haber faltado esa resolución judicial que ordenara la práctica de la mencionada prueba pericial, hubo un defecto de orden procesal que convierte en prueba ilícitamente obtenida la de ADN con que se condenó a Orkatz.

La sentencia añade un dato más –esencial aunque ahora no nos interesa- cual fue que, a su juicio, no quedó debidamente acreditada la cadena de custodia de la muestra, lo que vulneró la presunción de inocencia y de ahí absolvió.

c) Contrariamente a lo resuelto y razonado en la sentencia anterior, la STS 1311/2005, de 14 de octubre (Pte: Martín Pallín), desestimó las quejas en un supuesto similar, nuevamente la Policía había recogido un esputo que un detenido lanzó al salir de la celda.

La sentencia no se cuestiona: uno, que sea la Policía quien por si directamente recoja esa muestra; dos, que no sea precisa autorización judicial para comparar esa muestra con otra indubitada hallada en el lugar del delito siempre que sea un análisis que se ciña estrictamente a códigos meramente identificativos.

El giro en la tesis del TS es enorme.

Dice la sentencia al plantearse el tema de la ausencia o no de garantías en la toma de muestras genéticas indubitadas que se obtienen de los restos de un esputo que el acusado realizó cuando salía de una de las celdas de la Comisaría y que fue recogida directamente por la policía: *“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. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial”*.

d) El diferente planteamiento y solución dado en las anteriores sentencias dio lugar a que la cuestión fuera objeto de debate y Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda con fecha 31 de enero de 2006, que acordó: "La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".

Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 LECrim, la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente:

- el juez de instrucción en los casos normales.

- en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282. No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de

marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).

Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados. En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala nº 501/2005

e) Fruto de tal Acuerdo y con arreglo a la doctrina recogida en el mismo se dictan varias resoluciones del TS, que han hecho cuerpo de doctrina.

Así, las SSTS 179/2006, de 4 de febrero (Pte: Soriano Soriano) y 355/2006, de 20 de marzo (Pte: Granados Pérez) ) y 1267/2006, de 20 de diciembre (Pte.: Ramos Gancedo).

Y establecido el criterio con carácter uniforme, los posteriores planteamientos sobre tal cuestión han merecido como respuesta suficiente la inadmisión a trámite del recurso mediante Autos 551/2006, de 13 de febrero y 821/2006, de 8 de marzo.

## **V.2 Problemas derivados de la prestación de consentimiento por el interesado para que le sea tomada la muestra con destino a la base de datos. ¿Es necesaria la asistencia letrada?**

La validez de la prestación del consentimiento del sospechoso, detenido o imputado cuando se trata de proporcionar una muestra de ADN para su inclusión como indubitada en la base de datos no está exenta de problemas. ¿Ha de recabarse necesariamente por el juez?, ¿es necesaria la asistencia letrada para otorgarlo?, ¿puede considerarse libre el consentimiento en determinados ambientes o ante ciertas circunstancias objetivamente intimidativas –requerimiento policial-?.

Las respuestas no son seguras y la LO 7/2010 no ha venido apenas a regular nada de estos extremos, excepto la primera de las cuestiones ya que deja en manos policiales la posibilidad de recabar ese consentimiento y, si se obtiene, tomar la muestra para su inclusión en la base.

¿Y la asistencia letrada? <sup>11</sup>

---

11

DOLZ LAGO, M. “ADN y Derechos fundamentales. Breves notas sobre la problemática de muestras de ADN –frotis bucal- a detenidos o imputados”, La Ley nº 7774, enero de 2012. El autor, Fiscal de TS y miembro de la Comisión Nacional para uso de ADN, se muestra contrario a la exigencia de asistencia letrada al detenido para recabar el consentimiento en la toma de muestras para inclusión en la base, con serios argumentos que en parte recojo.

Algunos pronunciamientos anteriores a la *Ley 10/2007* señalaron en esta materia:

- La *STC 234/97* indicó que la extracción de sangre cuando se realiza de forma voluntaria no lesiona ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad. Ahora bien, al recabar el consentimiento debe cuidarse que éste sea *expreso, libre y no viciado*.

- La *STS 211/1996, de 7 de marzo*, desestimó el recurso de los dos penados que alegaban haberse obtenido la prueba violando sus derechos. En dicha causa, seguida por el delito de violación, el Juez Instructor citó mediante providencia a los imputados para informarles de la prueba del ADN y recabar su consentimiento a la extracción de sangre para tal prueba. Asesorados por sus Letrados accedieron a ello. El Tribunal Supremo estimó que el consentimiento fue válido; advierte que la forma de la resolución mediante providencia y no auto es correcta habida cuenta de que en la misma no se acordó la prueba sino que sencillamente se ordenó citar a los recurrentes para que prestaran o no su consentimiento (sólo si no lo hubieran prestado y el Juez hubiera debido resolver sobre si acordaba o no la prueba tal decisión hubiera debido revestir la forma de auto); y termina señalando que no cabe aceptar los argumentos cifrados en el reproche a las Letradas de ambos por incorrecto asesoramiento cuando no se presentó denuncia contra ellas por actuación dolosa o negligente de sus deberes profesionales.

- Respecto de si debe estar el sospechoso asistido de Letrado en el acto de prestar su consentimiento, el *ATS 1248/1997, de 18 de junio*, ante la alegación del recurrente de que no se le informó de su derecho a la asistencia letrada, inadmite el recurso y señala que la presencia de Letrado es preceptiva en las declaraciones policiales y judiciales que haya de prestar y en los reconocimientos de identidad de que sea objeto, sin que los artículos 17.3 CE y 118 LECrim puedan interpretarse en el sentido de que la presencia y asistencia del Letrado haya de darse en todas las diligencias de la instrucción de modo tal que sea requisito necesario para la validez de las mismas (cita a su vez las *SSTS de 4 de diciembre de 1992, 17 de febrero de 1993 y 13 de junio de 1994*).

- El *Acuerdo del Pleno del TS de 13 de julio de 2005* señaló que para la toma de muestras no es necesario informar de los derechos del art. 24 ni la asistencia letrada. Repárese en que se trata de un Acuerdo anterior, por su fecha, a la LO 10/2007 de creación de la base de datos.

Ahora bien, junto a tales pronunciamientos claros en el sentido de no exigir asistencia letrada, la jurisprudencia recaída con motivo de las diligencias de entrada y registro domiciliario establece que esa presencia letrada será necesaria cuando se trate de persona detenida o en prisión, no en los demás casos. No obstante, no resulta directamente aplicable la jurisprudencia que extendió la asistencia letrada a la prestación del consentimiento del detenido para la entrada y registro porque aquélla contemplaba la injerencia clara en un derecho fundamental como es la inviolabilidad de domicilio (cfr. art. 18.2 CE). Y se ha dicho reiteradamente que la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal o similar no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos (vid *STS 803/2003, 949/2006 y 634/2010*) salvo levemente el derecho a la intimidad, el cual según conocida jurisprudencia puede verse limitado en aras a la investigación penal incluso sin autorización judicial (v.gr. cacheos policiales). La LO 10/2007 tanto en su exposición de motivos, como en su articulado, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la



inscripción en la base de datos de ADN no codificante a los solos efectos identificativos (cfr. art. 4), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan revelarse otros datos genéticos (v.gr. enfermedades, antecedentes familiares, etc.).

Asimismo cabe recordar la polémica ya zanjada sobre la necesidad de asistencia letrada para prestar consentimiento para someterse a un examen radiológico en un aeropuerto: *SSTS de 10 de junio y 9 de octubre de 1998*, el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de *5 de febrero de 1999* y las posteriores *SSTS de 3 de febrero de 2000, 26 de enero de 2001, o 5 de noviembre de 2001*, entre muchas otras, distinguen según se encuentre ya detenido o no el afectado.

La cuestión de la necesidad o no de asistencia letrada para que el detenido preste consentimiento a la obtención de la muestra se erige hoy por hoy en un punto no pacífico.

El Anteproyecto de reforma de la LECrim de julio de 2011, pretendió salir al paso de esta cuestión en el artículo 265 al establecer “*1. Toda persona que haya de facilitar muestras biológicas para la realización de análisis genético encaminado a obtener los marcadores de ADN, antes de prestar el correspondiente consentimiento será informada de manera comprensible del fin para el que la muestra ha de ser obtenida, de los análisis que han de realizarse sobre ella y de los datos que pretende obtenerse con los mismos. 2. Si se encontrase detenida, podrá prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilicen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal. 3. Si se tratase de menores de edad mayores de catorce años o personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente sometidos a tutela será preciso su consentimiento informado cuando por sus condiciones de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia o, en caso contrario, de su representante legal, quien deberá siempre prestar su consentimiento si el menor es de edad igual o inferior a catorce años*”. Resulta un tanto ilógico condicionar (apartado 2) la asistencia letrada al modo en que vaya a ser tomada la muestra, precisándose asistencia letrada siempre que no sea mediante frotis bucal, cuando lo relevante (existiendo otras formas de obtención no graves distintas del frotis bucal) es la obtención de la muestra y su inclusión en base de datos.

El borrador de Código Procesal Penal de 2013 regula la cuestión exigiendo asistencia y previo asesoramiento de letrado. Dispone el Artículo 284.- “*Intervenciones corporales: 1.- Cuando la investigación del delito exija la práctica de una intervención con el fin de extraer cualquier sustancia u objeto alojados en el interior del cuerpo del sospechoso, de forma que su práctica exija la administración de anestésicos o sedación, resultará indispensable la autorización judicial, aun cuando el afectado hubiera prestado su consentimiento.*

*Si el afectado hubiera consentido y concurrieren razones de urgencia vital que impidan el aplazamiento de la intervención, el Fiscal podrá autorizar su práctica, dando cuenta inmediata al Tribunal de Garantías.*

*2.- Las intervenciones corporales no podrán llevarse a cabo cuando su ejecución conlleve un quebranto para la salud de la persona afectada o un peligro relevante para la misma.*

3.- Aquellas otras intervenciones corporales que tengan por objeto la toma de muestras destinadas a la práctica de análisis médicos o biológicos y que no exijan acceder a zonas íntimas, podrán ser realizadas si el sospechoso prestare su consentimiento. Si se hallare cautelarmente privado de libertad, el consentimiento habrá de prestarse con asistencia y previo asesoramiento de Letrado.

4.- Para la obtención de las huellas dactilares del sospechoso, con el fin de proceder a su reseña e identificación, bastará su consentimiento.

En ausencia de consentimiento, el Fiscal instará la autorización del Tribunal de Garantías, en los términos establecidos para la exploración radiológica”.

Frente a la jurisprudencia ya mencionada existe una línea jurisprudencial reciente plasmada en una serie de sentencias que han venido a cambiar el criterio ya expuesto y que exigen la presencia de letrado; son las siguientes:

La STS de 7 de julio de 2010 (RJ 2010, 7322), tras analizar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de enero 2006, que proclamó que "la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial" y la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 10/2007, 8 de octubre, reguladora de las bases de datos de ADN, que establece que "... para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim", concluye que el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN se halla perfectamente clarificado. Y al abordar dicho régimen jurídico se pronuncia sobre dos cuestiones nada pacíficas: indica que hallándose el sujeto detenido será precisa la asistencia letrada para el consentimiento del detenido a prestar la muestra y, en segundo lugar, niega la posibilidad de empleo de fuerza para ejecutar la orden judicial de toma de muestras si el sujeto se negare a colaborar.

Con anterioridad, la STS 940/2007, de 7 junio, ya vino a decir que, en caso de detenidos, habría que *posibilitar* el asesoramiento de letrado, pero sin declarar ilícita la prueba tomada sin ese asesoramiento.

La STS 353/2011, de 9 de mayo, dictada en un asunto de violación, señala que la muestra ha de ser tomada sin empleo de fuerza y que es precisa la asistencia letrada si el sujeto se halla detenido.

En iguales términos se pronuncia la STS 827/2011, de 25 de octubre, igualmente dictada en un asunto de violación. Esta sentencia tiene un interés añadido dado que la muestra dubitada (tomada en la alfombrilla del probador del establecimiento comercial en el que sucedieron los hechos) se comparó con una indubitada que ya constaba en la base pues le había sido tomada al penado en una causa anterior por agresión sexual. El juez de Instrucción ordenó una nueva pericia con una nueva muestra de saliva, pero la pericia se efectuó sobre la muestra anterior. La sentencia del TS admite esta situación, señala que no es necesario un segundo test de fiabilidad. Y en línea con las sentencias anteriores ya citadas, a modo de *obiter dictum*, señala que no cabe el empleo de fuerza y que es

necesaria la asistencia letrada al detenido. Ahora bien, indica que no entra a analizar los efectos de la inexistencia de letrado.

Puede leerse en la sentencia: “ ... el cotejo se llevó a cabo entre muestras dubitadas reveladas en el presente proceso y la secuencia genética obrante en el fichero de datos custodiado por el Ministerio del Interior (arts. 1 y 2 LO 10/2007, 8 de octubre). Es cierto que el Juez de instrucción núm. 2 de Carballo ordenó la práctica de una prueba pericial de identificación de ADN mediante el contraste entre los restos biológicos hallados en el habitáculo en el que se desarrollaron los hechos y las muestras de saliva obtenidas del procesado (...) Ello implicó una desviación del objeto de la pericia, tal y como había sido definida por el Juez de instrucción, en cumplimiento de lo previsto en el art. 475 de la LECrim. Sin embargo, el propio Juez que había delimitado los términos del dictamen pericial, exigiendo el contraste entre las muestras dubitadas y la saliva del procesado, aceptó sin reservas el contenido inicial y la metodología del informe pericial, dictando auto de conclusión del sumario y cerrando la investigación sin añadir ni interesar rectificación alguna respecto de la técnica empleada por los peritos de la policía científica. Y esta Sala, desde luego, no puede formular objeción alguna a la aceptación por el Instructor del informe pericial en los términos en que fue elaborado. En efecto, la metodología del análisis del ADN, a partir de la creación de la base de datos policial sobre identificadores genéticos, puede entenderse perfectamente ajustada a las exigencias impuestas por su propio significado científico, cuando el perfil genético de contraste se consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado. Es obvio que ningún obstáculo puede afirmarse a la práctica convergente de ambos contrastes, pero también lo es que la identificación genética que obra en la base de datos, puesta en relación con los restos biológicos dubitados, normalmente hallados en el lugar de los hechos, permite ya una conclusión sobre esa coincidencia genética que luego habrá de ser objeto de valoración judicial”.

Y más adelante sigue diciendo: “4.- Resulta evidente, pues, la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor.

Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio. Decíamos entonces que “...resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:

a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no

*será exigible, 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.*

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

*En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos 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.*

*No es objeto de este recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen”.*

Aun tratándose de sentencias en las que los pronunciamientos son obiter dictum parece claro que el TS ha señalado un criterio favorable a la necesidad de asistencia letrada en casos de obtención de muestras para la base de datos.

El tenor de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 10/2007 admite que el consentimiento para la obtención de la muestra al sospechoso o detenido para su inclusión en la base de datos pueda ser recabado por autoridad distinta de la judicial, en concreto por la Policía.

No es necesario que el consentimiento se recabe por el juez. No existe obstáculo alguno a que el sospechoso pueda, asistido de Letrado si se hallare detenido como viene a exigir hoy la jurisprudencia del TS, acceder a la entrega voluntaria de una muestra corporal a la Policía para que se incluya en la base de ADN. La resolución judicial sólo es necesaria si no existe consentimiento del interesado.

Ahora bien, esa asistencia –incluso ese “asesoramiento” letrado como refiere el Código Procesal Penal en su art. 284 antes citado- se explica, a mi juicio, en tanto que la toma de muestras para su inclusión en la base de datos se puede efectuar solo respecto de determinadas personas y por determinados delitos (los señalados en el art. 3 de la LO 7/2010) y unido a ello debe repararse en que en las diligencias policiales cuando la muestra ha de ser tomada no existe todavía un pronunciamiento judicial o incluso del Fiscal acerca de la relación del sujeto con el hecho ni sobre la corrección de esa inicial precalificación jurídica. Por ello, la presencia de letrado que asesore en la concurrencia de tales requisitos técnicos puede suponer una garantía eficaz y real. No tanto para procurar que como sucede hoy en la práctica -ante la laguna que supone la no previsión legal de la ejecución por la fuerza de la orden judicial autorizando la toma de muestras- se aconseje automáticamente

al acusado a negarse sabedor de que no cabe ejecutar por la fuerza la posible futura orden de un juez imponiendo la toma de muestras, sino para que la negativa del sujeto asesorado implique la necesidad de acudir a presencia judicial a fin de valorar ahí la concurrencia de los requisitos subjetivos y objetivos de la LO 7/2010 para la toma de muestras y para que – una vez entrada en vigor la reforma procesal- esa eventual orden del juez pueda imponerse llegado el caso por medio de la fuerza necesaria y proporcionada para obtener la muestra (los dos borradores de un nueva LECrim admiten el uso de fuerza; el CPP genéricamente en su art. 48.2, entre las obligaciones del encausado, incluye: “2.- El encausado está obligado a someterse los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en este Código. En caso de incumplimiento de la obligación podrá utilizarse de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida”.)

En definitiva, el asesoramiento por letrado viene a limitar los problemas que se pueden plantear en un futuro, en el acto del juicio oral, si se cuestionara la toma de la muestra indubitada alegando que dicho consentimiento no fue prestado consciente y libremente por el acusado o si se alega que la calificación jurídica del hecho que motivó la muestra no resultó finalmente establecido en sentencia condenatoria o que el sujeto no era mínimamente sospechoso del delito que permitió la toma.

En todo caso, las sentencias antes citadas reclamando la asistencia letrada no son una línea del todo uniforme. Esa asistencia letrada no se exige para la práctica de la pericial de alcoholemia. Y razonando en paralelo con ello la *STS de 28 de junio de 2010* (RJ 2010, 3732) señala como válida la obtención de muestras de ADN directamente por la policía al detenido al existir un auto de legalización posterior. «...*El argumento es –dice la sentencia en su FJ 3º- que la obtención de las muestras de ADN tendría que ser declarada nula, pues fue llevada a cabo directamente y de manera autónoma por la policía durante la detención del que ahora recurre, que no consta hubiera estado en ese momento asistido de intérprete ni de letrado.*

*Lo primero es decir que no le falta razón al recurrente en su denuncia de la irregularidad de la actuación, ya que hay buenas razones de legalidad procesal para exigir que intervenciones de esa clase se lleven a cabo en el ámbito estrictamente judicial, máxime cuando no concurren razones de urgencia. Pues, tal es en efecto, lo que resulta a contrario sensu de los artículos 363 y 778.3 LECrim y del Acuerdo de Pleno de esta Sala de 31 de enero de 2010, ya que en los primeros se requiere autorización judicial para la obtención del material biológico y en el tercero se faculta a la policía para la recogida por propia autoridad de las muestras biológicas abandonadas. Por tanto, en el supuesto contemplado, lo más legal sería haber acudido al juez.*

*Ahora bien, dicho esto, también hay que decir que el recurrente manifestó a la policía tener algún conocimiento del castellano, y que la naturaleza de la diligencia de obtención de saliva mediante un frotis era tan explícita en cuanto a la finalidad perseguida, que no debió presentar para él dificultad alguna de comprensión. Por otra parte, se trata de una actuación mínimamente o nada invasiva, que reclama del afectado una colaboración bastante menos intensa, incluso, que la requerida por la prueba de alcoholemia, cuyos efectos prácticos en el proceso, en casos como el de que se trata, no tendrían que ser de menor entidad desde el punto de vista de la eventual eficacia inculpatória de los datos así obtenidos. Que es lo que explica que el legislador en el caso de esta última, legalmente abordado de manera más sistemática, no haya estimado necesaria para su práctica la ponderación judicial.*

*Pues bien, así las cosas, si es cierto que no puede dejar de ponerse de manifiesto la irregularidad innecesariamente producida, también lo es que lo que consta documentado ilustra de manera suficiente acerca de una actitud conscientemente colaboradora del afectado. Y, en fin, aunque la existencia de un auto del juzgado ordenando la toma de muestras del acusado “P” para la determinación de su ADN, dictado cuatro días más tarde, no podría retroactuar transformando a posteriori el proceder policial en judicial, también lo es que, por lo razonado, sirvió para dotar de cobertura judicial a la realización del análisis, y, en fin, el coeficiente de irregularidad constatable no puede tener el alcance que pretende el recurrente, a tenor del grado de afectación de los derechos fundamentales en juego. Es por lo que el motivo no debe acogerse».*

En relación con la no exigencia de asistencia letrada para la práctica de una prueba de alcoholemia se plantea la cuestión de la necesidad -mucho más discutible a mi modo de ver- de la presencia de letrado para la toma de muestra de ADN que no se dirige a ser incluida en la base de datos sino que se necesita en una causa concreta para compararla como indubitada con la dubitada del caso por el que se halla el sujeto detenido.

Es decir, la asistencia letrada puede tener mayor sentido, como antes se ha dicho, en los supuestos de toma de muestra para inclusión en la base en relación tanto con el aseguramiento de un consentimiento informado sobre el alcance de la base y los derechos de cancelación y rectificación cuanto con el asesoramiento al detenido de que se halla o no incurso en alguno de los hechos delictivos por los que (art. 3.1.a de la LO 10/2007) se permite la toma de muestras y su inclusión en la base. Ahora bien, razonando en paralelo con la prueba de alcoholemia en el que se pide una muestra de aire espirado o se da voluntariamente por el sujeto sangre u orina para detectar el nivel de alcohol, no parece que concurren las notas por las que deba exigirse ese asesoramiento letrado en los casos en que la muestra se toma en relación precisamente con el caso por el que ha sido el sujeto detenido (lo que se ha denominado por la doctrina supuestos de “*uno contra uno*” en la confrontación de perfiles –es decir muestra obtenida en la exploración de la víctima o sus ropas frente a la muestra indubitada tomada al sospechoso-) lo que es distinto del caso de la base de datos que cabría denominar “*uno contra varios*” (en los que la muestra del sospechoso de la comisión de un delito de los del art. 3 se toma no para la posible identificación en ese hecho delictivo –que no contará siquiera en muchos casos con muestra dubitada alguna- sino para que se incluya en la base para confrontarlo con las muestras dubitadas de cualquier otro delito que ya están en la base o que se incluirán en la misma en un futuro).

De igual modo que no se exige asesoramiento letrado en la práctica de pruebas de alcoholemia por aire espirado o en la voluntaria de sangre u orina pudiera sostenerse que no es exigible esa asistencia letrada cuando se trata de la toma de muestras a un sujeto no para su inclusión en la base sino para su comparación con la dubitada tomada en la misma causa por la que se halla encartado (sin que aquí rijan los límites del art. 3 de la LO 10/2007 sobre tipos de delitos por los que la muestra puede ser tomada).

A ello se suma que el resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido (indubitado) con el dubitado (v.gr. SSTS 2.<sup>a</sup> 789/1997, 158/2010 y 792/2009) y altamente desfavorable si se aprecia

su coincidencia en unos índices muy altos (algo ya expresado desde la primera sentencia del TS sobre el ADN, STS 1701/1992, de 13 de julio). En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente incriminatoria, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial (cfr. STS 151/2010, de 22 de febrero). De ahí que si es ambivalente y puede también favorecer al detenido no debieran extremarse las garantías derivadas de la asistencia letrada, la cual podría incluso aconsejar la no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la concreta investigación penal. Distinto es el razonamiento precedente si la muestra tiene como finalidad ser incluida en una base en la que podrá compararse con las muestras dubitadas no solo ya existentes en la base sino de futura inclusión al provenir de posibles delitos que se cometan en un futuro.

Por otro lado, volviendo a la base de datos, la queja consistente en que la muestra indubitada se tomó en otro procedimiento de aquél en el que surte efecto y que no consta la manera en que aquella toma se hizo viene a ser abordada en algunas resoluciones.

La *STS de 22 de junio de 2011* (JUR 2011, 255175) rechaza la queja de quien como recurrente alegó que se logró su identificación a través de la prueba de ADN, cuya legalidad y validez discute, en cuanto que no se obtuvo en el presente procedimiento, sino en otro anterior que sirvió para obtener su perfil genético que fue incluido en la base de datos policial. La citada sentencia señala *“lo que el recurrente pretende (haciéndolo ahora por primera vez, como “cuestión nueva”), es interesar la nulidad de la obtención de una prueba en un procedimiento judicial distinto del enjuiciado; y además lo hace sobre la presunción de que la misma se realizó de forma ilegal. Ha de ponerse de manifiesto lo inadecuado de tal pretensión. No se indica razón alguna que arroje ni tan siquiera una sombra de duda sobre la pureza de la obtención de las muestras. Así las cosas, la presunción debe ser justamente la contraria de la obtenida por el autor del recurso; en principio, y hasta tanto no se demuestre lo contrario –y no se olvide que quien aduzca la irregularidad debe probarla-, las actuaciones efectuadas en el curso de una investigación judicial, deben reputarse legalmente efectuadas. Dicho de otra manera, no existe la más mínima razón para pensar que la extracción de muestras salivares del acusado, no hubiesen sido expresamente autorizada por el mismo, o en otro caso decretada por el Juez actuante. Pero es que, en definitiva, lo que cuestiona aquí es la normalidad de las muestras que se utilizan en los Bancos de Datos que la Administración ha creado al amparo de la Ley de 13 de Diciembre de 1999, que por cierto establece un importante ámbito de protección en salvaguardia de la intimidad de las personas, salvo “para la investigación del terrorismo y otros delitos graves”. Es obvio, que tal finalidad no puede servir de excusa para cualquier forma de proceder en la toma de datos e incorporación a los registros creados, pero no lo es menos que las posibles irregularidades cometidas, deberían denunciarse en la forma y manera que allí se establece”*.

Un supuesto similar al ahora examinado se contempló en la *STS de 29 de septiembre de 2010* (RJ 2010, 7646) –caso crimen de Fago- que con invocación del principio de buena fe procesal concluyó que era tarea de quien ponía en duda la toma de muestras especificar las concretas irregularidades.

**V.3 ¿Es posible el empleo de la fuerza para dar cumplimiento al auto judicial que ordena la toma de muestras de un sospechoso para su inclusión en la base de datos?**

Acordada la toma de muestras de ADN para inclusión en la base, surge la cuestión de cómo tomar la muestra biológica para dicha prueba si el sujeto sometido a la misma se niega en rotundo a facilitarla.

Inmediatamente surge un interrogante: ¿Es posible el empleo de fuerza física sobre el sujeto para la obtención de la muestra?

Parece lógico que la creación legislativa de una base de datos de ADN establezca previamente la posibilidad de intervenciones coactivas y su regulación<sup>12</sup>. La respuesta negativa del afectado puede ser sorteable en casos de prueba que hemnos denominado de “uno contra uno” (se valora su negativa en el proceso, existen otras pruebas, cabe tomar muestras indirectas, etc); pero esa misma respuesta en el caso de la organización de una base de datos de ADN viene a perturbar el propio sistema pues permite que se autoexcluyan de la base -a cambio de la pena del discutible delito de desobediencia- personas que deben ser incluidas.

Solo esta consideración mueve inicialmente a dar una respuesta afirmativa. Pero analizada la Ley 10/2007 no puede desde luego decirse que se haya resuelto esta cuestión de manera clara.

Es más la respuesta negativa a si cabe fuerza en cierto modo condiciona otros debates. Efectivamente el asesamiento letrado tiene otros perfiles si ante la negativa del imputado se le puede judicialmente no solo imponer sino ejecutar la orden de toma de muestras. Igualmente la cuestión de si cabe obtener subrepticamente una muestra del sospechoso queda condicionada en su respuesta.

La respuesta en nuestro ordenamiento jurídico ha sido unánimemente negativa antes de la reforma 15/2003. La falta de una previsión legal expresa había motivado que la doctrina y la jurisprudencia fueran coincidentes en este punto. No era posible, pues, tomar una muestra del sujeto mediante el empleo de fuerza<sup>13</sup>. En su sentencia 107/1985 el Tribunal Constitucional llegó a afirmar en relación a un análisis de sangre que *“nadie puede ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de ese tipo de análisis”*. El Tribunal Supremo en la sentencia 107/2003, de 4 de febrero, dispone: *“según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) 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”*<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Guillén vazquez, M; “Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al Derecho Comparado”. Ponencia presentada al Curso “Nuevas técnicas de investigación del delito: Intervenciones corporales y ADN”, celebrado en junio de 2004 organizado por la Fiscalía General del Estado. <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL40.pdf>

<sup>13</sup>

Sobre esta materia puede verse Etxeberria Guridi. *Los análisis del ADN y su aplicación al proceso penal*. Ed. Comares, págs. 296 y ss.; y Gil Hernández, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Ed. Colex, págs. 63 y ss.

<sup>14</sup> Otras resoluciones en esta línea: respecto de las pruebas de



¿Ha incidido la reforma 15/2003 en este punto? ¿Es el art. 363 una suficiente previsión legal autorizante de la fuerza física o compulsión en estos casos?

¿Ha sido la DA 3ª de la Ley 10/2007 la que viene a admitir el uso de la fuerza?

Como premisa: una previsión legal en este sentido sería perfectamente admisible, pues así ocurre en otra serie de injerencias que pueden ofrecer una mayor oposición física y que, sin embargo, son admitidas legalmente. Así, la negativa de un sujeto a ir a prisión, a ser conducido a un Juzgado, a ser detenido, a desalojar un determinado lugar, etc., no ofrecen dudas acerca del posible empleo de fuerza, siendo, además, supuestos en los cuales es posible que no haya una previa intervención judicial que clarifique el estado de cosas -a diferencia de la negativa a someterse a una prueba de ADN que haya sido previamente ordenada por la autoridad judicial-. En muchos de aquellos ejemplos la negativa del sujeto no constituye delito; por contra la negativa a la orden del Juez de someterse a la prueba puede ser constitutiva de un ilícito penal.

Por tanto, de *lege ferenda*, en nuestro sistema no parece que pudiera reputarse inconstitucional una previsión legal que introdujera la ejecutoriedad forzosa de determinados análisis. Así se desprende del art. 4 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (92) sobre uso de los análisis de ADN en el marco del sistema de justicia criminal. Igualmente, el Tribunal Constitucional en la sentencia 207/1996<sup>15</sup>, propugna la introducción en España del sistema alemán, contenido fundamentalmente en la Ordenanza Procesal Penal (*StPO*)<sup>16</sup>.

---

alcoholemia, el TS considera que una extracción de sangre exige necesariamente "el consentimiento del sujeto, es decir, que éste voluntariamente se preste a la extracción" (sentencia 21 de junio de 1994). En idéntico sentido SSTC 161/1997 y 252/1994.

<sup>15</sup>

Herrero-Tejedor Algar, F., "La alternativa Juez de Instrucción-Juez de garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN", ponencia presentada al Curso *El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías*, organizado por el CGPJ y celebrado en Madrid, los días 17 a 19 de septiembre de 2002, págs. 10 y ss.

<sup>16</sup>

El párrafo 81 a), bajo la rúbrica "Investigación corporal; extracción de sangre", y con base en el art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, prevé la posibilidad de adoptar las siguientes medidas cautelares contra la integridad corporal:

"(1) Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud.

(2) La ordenación corresponderá al Juez, también a la Fiscalía y a sus ayudantes, cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación.

(3) Las extracciones de sangre y otras células corporales obtenidas del inculpado únicamente podrán tener aplicación en el

Ahora bien, a mi modo de ver, ninguna de las dos reformas citadas ha resuelto expresamente esta cuestión. Y ni el art. 363 (al decir que el juez de instrucción "...podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad") ni la DA 3ª pueden entenderse como una expresa previsión legal que autoriza actualmente el empleo de fuerza para tomar la muestra contra el consentimiento del sospechoso.

La génesis de la reforma 15/2003 es indicativa de esta conclusión: como se vió la reforma tuvo por objeto salir –urgentemente– al paso del problema de la posible falta de cobertura legal de la prueba, pero no más. Es decir, dejó sin solución un sinfín de problemas derivados de la prueba y, a mi juicio, uno de ellos, esencial por lo demás en esta materia, lo constituye éste. No cabe extraer de la generalidad del art. 363 LECrim la previsión legal expresa antes referida sobre empleo de fuerza. Se trata de una reforma incluida al margen de la reforma del CP operada por LO 15/2003 y por ello en la Exposición de Motivos de la Ley nada se dice o justifica sobre la reforma del art. 363 ni de ningún otro de los preceptos procesales reformados.

La LO 15/2007 tampoco alude en modo alguno a ese posible uso de fuerza. Es cierto, que a diferencia de la Ley 15/2003, la conclusión de la admisibilidad de la fuerza para toma de muestras podría ser deducida del tenor de la DA 3 ("La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal") en relación con la lógica que impone el establecimiento de una base de datos de este tipo y la no posibilidad de ser incluido en la misma cuando concurren los requisitos legales para ello y así lo haya decidido la autoridad judicial. Pero también es cierto que la LECrim a la que la DA 3ª se remite ha venido siendo interpretada en sentido contrario a la admisión de la fuerza para toma de muestras.

Finalmente, en el orden jurisdiccional civil el art. 767.4 LEC al decir "*La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*" excluye implícitamente el uso de la fuerza en el procedimiento civil. Y como quiera que la LEC es supletoria de los restantes órdenes procesales (art. 4 LEC) y mientras nada se diga expresamente en la LECrim no parece que haya de ser otro el principio general.

La consecuencia extraída por la LEC, desde el punto de vista del demandado, es más grave aún que la imposición coactiva de la prueba de ADN. Se declara que el hijo es del demandado que rechazó someterse a la prueba biológica. Sirve así el fallo a modo de aviso para navegantes, de coacción moral para obligar a la admisión de la práctica de la prueba. Desde el punto de vista del hijo, tampoco es plenamente satisfactoria la solución: al hijo demandante le han dado "un" padre –en gráfica expresión de Bello Landrove<sup>17</sup>–, establecido por presunción o prueba de indicios en virtud de un principio de verdad formal

---

proceso en que se solicitaron o en otra causa pendiente en su contra; deberán destruirse inmediatamente dejen de ser necesarias".

<sup>17</sup> Bello Landrove, Ob cit.

no totalmente compatible con la materia de filiación, cuando lo que reclama es que, por medio de la prueba, se establezca quien es "su" padre biológico<sup>18</sup>.

Sigue, a mi modo de ver, pendiente esta cuestión, y hubiera sido deseable que el legislador hubiese establecido en qué casos puede el Juez acordar la toma forzosa de muestras corporales para la prueba del ADN. Es necesario una regulación de esta materia tal y como se ha llevado a cabo en prácticamente todos los países europeos<sup>19</sup>.

El borrador de Código Procesal Penal de 2013 sale al paso de esta cuestión y admite la fuerza no solo en supuestos de obtención de muestras de ADN. Así:

#### Artículo 48.- Obligaciones del encausado

2.- El encausado está obligado a someterse los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en este Código. En caso de incumplimiento de la obligación podrá utilizarse de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida.

#### Artículo 281.- Registros corporales externos

4.- En ausencia de consentimiento del sospechoso, la práctica de los registros corporales a que se refiere el presente artículo podrá llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

#### Artículo 282.- Examen radiológico

2.- A falta de consentimiento, el Tribunal de Garantías, a petición razonada del Fiscal, podrá imponer su cumplimiento forzoso, fijando en la resolución que dicte las medidas a adoptar con el fin de asegurar la ejecución, siempre con arreglo a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

#### Artículo 288.- Toma de muestras del encausado

1.- El encausado podrá ofrecer una muestra auténtica de contraste para su comparación con la obtenida con arreglo a lo dispuesto en el artículo precedente.

2.- No podrán ser obtenidas las muestras del sospechoso mediante engaño.

<sup>18</sup>

Sobre esta materia O, Callaghan Muñoz, X. *Investigación de la Paternidad. Acciones de filiación. Acción de Investigación de la Paternidad. Prueba Biológica*. Actualidad editorial, págs. 56 y ss.; Lorente Acosta, J.A y Lorente Acosta, M. *El ADN en la investigación criminal y en la paternidad biológica*. Ed. Comares. Granada, 1995; De Castro Garci, J. *La investigación de la paternidad*. Ed. Colex; Castellano Arroyo, M. "Pruebas genéticas de investigación de la paternidad", en *Genética humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de los avances en genética humana*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Bilbao 1995.

<sup>19</sup>

Holanda, Alemania, Reino Unido, Francia, Bélgica, Islandia, ya gozan de legislación sobre la materia. Un interesante estudio comparativo de las legislaciones es llevado a cabo en: Sschneider, Peter. "DNA Databases for offender identification in Europe. The need for the technical, legal and political harmonization". *Second European Symposium on Human Identification*. Innsbruck, Austria, June 9-12, 1998, págs. 1-5.

3.- La Policía Judicial podrá intervenir las muestras abandonadas por el propio afectado.  
4.- Si la toma de muestras exigiera la práctica de una intervención corporal, se estará a lo dispuesto en la Sección anterior.

En todo caso, si el afectado se hallare cautelarmente detenido o privado de libertad, se estará a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 284.3.

## **VI. Conservación de los datos en la base**

El art. 9 de la LO 10/2007 regula el tiempo máximo en que los perfiles de ADN permanecerán en la base, momento en que habrán de cancelarse de oficio por el responsable del fichero o a instancia de quien ejercite el derecho de cancelación. Se distingue:

- si recayó sentencia absolutoria o sobreseimiento libre: desde la firmeza de tales resoluciones
- si recayó sentencia condenatoria o absolutoria por causa de inimputabilidad o inculpabilidad: al tiempo de prescripción del delito
- en los demás supuestos: al prescribir el delito
- si hubiere en la base más de una inscripción indubitada referida a la misma persona: el plazo más largo con arreglo a las anteriores normas afectará a las diversas inscripciones
- los perfiles indubitados se mantendrán hasta su identificación y entonces se aplicarán las normas anteriores

De tales complejas reglas se deriva alguna ilógica conclusión, así:

- el tiempo de permanencia en la base del perfil de un sospechoso que no llega a ser siquiera imputado judicialmente será el mismo (prescripción del delito) que si se le llega a imputar judicialmente y después se acuerda el sobreseimiento provisional o si se le condena. Es decir, se equipara la suerte de los datos del sospechoso a la propia de aquellos frente a quienes se ha dirigido la acción penal. En opinión de algún autor<sup>20</sup> los datos del sospechoso o detenido que no llega a ser imputado habrían de cancelarse inmediatamente.
- tampoco existe justificación en la cancelación desde la firmeza en casos de sobreseimiento libre por delito que se señale efectivamente cometido o por concurrencia de una excusa absolutoria o por no concurrencia de un requisito de perseguibilidad, que deberían seguir el plazo de prescripción del delito
- de otra parte, podría ser cuestionable que un condenado por agresión sexual con claro diagnóstico de posible reincidencia sea sacado de la base por el transcurso del plazo de prescripción del delito, cuando parece haber razones para su mantenimiento

A las reglas anteriores debe añadirse la recogida en el art. 4.5 de la Ley 15/1999 que señala: *“Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de*

---

<sup>20</sup> Sostiene esta opinión Etxeberria Guridi, J.F.; ob cit, pág 20.

*ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados*". Se trataría de una regla general que inspira la interpretación de las concretas ya enumeradas.

## **VII. Conclusión**

La regulación por vez primera en nuestro país mediante Ley Orgánica 10/2007 de una base de datos de identificadores de ADN es una buena noticia. Constituye uno de los medios más relevantes en el avance y fiabilidad de la investigación criminal.

Pese a ello, no cabe desconocer la existencia en la Ley de numerosas cuestiones que no han recibido una clara respuesta y ante las que existe una disparidad interpretativa.

Se hace necesario, como señalaba al inicio, que por la Comisión nacional sobre perfiles de ADN, integrados en la misma todos los sectores implicados, se proceda a establecer unas pautas interpretativas y de actuación que combinen en equilibrio los diferentes derechos en juego.

En última instancia habrán de ser los Tribunales quienes, mediante la labor interpretativa y jurisprudencial, vengán a dar respuesta a cuantas cuestiones se suscitan.

-----ooooo-----

## **ANEXO I**

### **INFORME DE LA FISCAL DE SALA COORDINADORA DE MENORES A LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL USO FORENSE DEL ADN SOBRE DETERMINADOS EXTREMOS DE LA INVESTIGACIÓN DE ADN EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL DE MENORES**

#### **I.- APLICABILIDAD AL PROCESO PENAL DE MENORES DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA INVESTIGACIÓN DEL ADN**

Las cuestiones sometidas a informe por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN y en particular, la primera de ellas, relativa a la aplicación de la Disposición Adicional tercera de la LO 10/2007 a menores de edad en el marco de una investigación penal, deben abordarse en el contexto más amplio de aplicabilidad al sistema de Justicia Juvenil de las disposiciones relativas a la investigación del ADN.

En relación con los análisis del ADN, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) tres nuevas normas: el art. 326 párrafo tercero, el art. 363 párrafo segundo, y la Disposición

Adicional tercera. El primer precepto reseñado regula la recogida de vestigios, el segundo la obtención de muestras biológicas del sospechoso y la Disposición Adicional tercera habilita al Gobierno para regular la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN.

Esta previsión fue desarrollada por el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, *por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN*.

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, *reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* complementa la normativa sobre utilización del ADN en el proceso penal.

El mandato contenido en la Disposición Adicional primera de la LO 10/2007, de integrar, en la base de datos policial los distintos ficheros y bases de datos de ADN pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existentes a la entrada en vigor de la Ley ha sido desarrollado mediante la Orden del Ministerio del Interior 177/2008, de 23 de enero, por la que se crean los dos únicos ficheros policiales que contienen los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN, tanto en el marco de investigaciones criminales (INT-SAIP) como en los procesos de identificación de cadáveres o de personas desaparecidas (INT-FENIX), siendo el órgano administrativo responsable de los citados ficheros, y de su gestión, el Ministerio del Interior.

Para examinar la aplicabilidad al proceso penal de menores de la normativa expuesta hay que partir de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la *responsabilidad penal de los menores* (LORPM), conforme a la que *tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma*.

La LORPM establece por tanto su propio sistema de integración de lagunas, que resulta ser esencial porque dicho texto legislativo, que se reduce a 64 artículos y regula simultáneamente el Derecho Penal y el Derecho Procesal de Menores, es notoriamente insuficiente para abordar una pluralidad de materias que sí se encuentran desarrolladas en el CP y en la LECrim. La LORPM, pues, no es un cuerpo normativo autónomo o completo, sino que se inserta en el marco penal y procesal del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, la integración de la LORPM en la LECrim ha de exceptuarse cuando se trata de materias que tienen una regulación suficiente en la legislación de menores y cuando las provisiones concretas de la LECrim sean incompatibles con los principios informadores de la Justicia Juvenil.

Desde estas bases se analizará si han de aplicarse supletoriamente en el proceso penal de menores las provisiones contenidas en los arts 326 y 363 LECrim y en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, como marco jurídico básico de la

utilización de ADN en el proceso penal, con específica distinción entre la obtención de muestras de ADN de menores en la fase de instrucción y la toma de muestras por parte de la policía judicial.

## **II.- OBTENCIÓN DE MUESTRAS DE ADN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

El art. 363 LECrim en su párrafo segundo dispone que *siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*

De conformidad con las previsiones de la Disposición Final Primera LORPM, y teniendo en cuenta que no se aprecia ningún elemento que pudiera llevar a la conclusión de que esta disposición no se adecua a los principios informadores del sistema de Justicia Juvenil, no cabe sino concluir con su aplicabilidad supletoria en el proceso penal de menores.

Sentado lo anterior, deben hacerse tres precisiones:

1ª Cabría plantearse si puede el Fiscal por sí acordar la diligencia de toma de muestras del sospechoso, en tanto es instructor del expediente o si por el contrario, debe acudir al Juez de Menores, dado que el art. 23.3 LORPM que dispone que *el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones.*

Nuestra Constitución no prevé reserva judicial alguna en relación con las inspecciones e intervenciones corporales que puedan comprometer los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 18.2 CE), y así, la Ley puede “autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, 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”. (STC nº 207/1996, de 16 de diciembre)

Además, las intervenciones corporales levísimas (como lo sería la extracción de una muestra de saliva) no afectan al derecho a la integridad física; tampoco al derecho a la intimidad, cuando por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, este derecho no resulte afectado. Esto es lo que ocurre en supuestos en los que la finalidad es la de identificación (vid. SSTS nº 949/2006, de 4 de octubre, 1311/2005 de 14 de octubre y 179/2006, de 14 de febrero).

El art 2 de la Declaración internacional de la UNESCO sobre los datos genéticos humanos, aprobada por unanimidad el 16 de octubre de 2003 distingue los procedimientos invasivos (que implican intrusión en el cuerpo humano, como la

extracción de muestra de sangre con aguja y jeringa) de los no invasivos (por ejemplo, los frotis bucales).

Este segundo tipo de diligencias, además de no reportar ningún perjuicio físico, tiene un efecto final ambivalente, es decir, puede ser inculpatario o totalmente exculpatario` (vid. como ejemplo de esto último las SSTS nº 158/2010, de 2 de febrero y nº 792/2009, de 17 de julio). La STS 789/1997, de 24 de mayo estimó un recurso de revisión interpuesto por dos personas que habían sido reconocidas por la víctima como autoras de su violación pero cuya inocencia se demostró posteriormente ya que al comparar las muestras de los flujos de los agresores con las de los condenados, se detectó la falta de coincidencia de los polimorfismos del ADN

2ª Pero si el Fiscal puede, sin necesidad de recabar autorización del Juez, acordar la toma de muestras del menor a efectos de análisis de ADN, sólo podrá efectuarse esta diligencia si concurre el consentimiento del afectado. Con carácter general, el TS se ha pronunciado en el sentido de 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 éste se opone a ello* ( SSTS nº 1190/2009, de 3 de diciembre y nº 949/2006, de 4 de octubre).

Dado el grado de madurez que la propia LORPM atribuye en principio a los mayores de 14 años a los que considera con carácter general sujetos capaces de incurrir en responsabilidad penal y tratándose de un acto relativo a los derechos de la personalidad (art. 162 CC), puede concluirse que este consentimiento no precisa la asistencia de los padres o representantes legales del menor.

Como refuerzo de tal conclusión viene a colación el criterio 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, cuyo art. 3.1, señala que *“El consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil...”*. Y, en la misma línea, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

3ª Finalmente, la prestación del consentimiento del menor expeditado a la toma de muestras de ADN en la fase de instrucción sí exigirá la asistencia de Letrado, a la vista del reforzamiento que el derecho a la asistencia letrada experimenta en esta fase procesal (vid. arts 22.1 b) y 23.2 LORPM), en función de la formalización de la imputación que la misma comporta.

### **III.- TOMA DE MUESTRAS EXTERNAS**

La toma de muestras externas puede proceder bien del lugar del delito (muestras dubitadas) bien del propio imputado, cuando éste las ha dejado abandonadas (muestras indubitadas).



La recogida de las muestras biológicas del lugar del delito se regula en el párrafo tercero del art. 326 LECrim, según el cual, *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 art. 282.*

La aplicación supletoria de este precepto en el proceso penal de menores tampoco plantea especiales dificultades. Las dudas que hubieran podido generarse en torno a si puede el Fiscal acordar por sí la práctica de tal diligencia han quedado despejadas tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, que relativiza 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 instructor.

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

Existen ya algunos pronunciamientos de interés en la jurisdicción de menores. La SAP de Barcelona, nº 791/2008, Secc. 3ª, de 8 de octubre determina que no se causa indefensión ni se rompe la cadena de custodia si las muestras de los vestigios son recogidas por la policía, para ser enviadas posteriormente a la Fiscalía de Menores, siendo esta última quien remite las muestras al laboratorio.

La recogida de muestras por Policía Judicial o Ministerio Fiscal puede también llevarse a cabo cuando se aprehenden en cualquier otro lugar en el que el sospechoso o imputado las abandone. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 31 de enero de 2006 declara a este respecto que *la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.*

La tesis seguida por el reseñado acuerdo se ha asumido en las SSTS nº 1190/2009, de 3 de diciembre, 813/2008, de 2 de diciembre, 179/2006, de 14 de enero, 701/2006, de 27 de junio, 949/2006, de 4 de octubre y 1267/2006, de 20 de diciembre.

En esta línea, la STS nº 949/2006, de 4 de octubre declara que las colillas arrojadas por los recurrentes se convierten en *res nullius* y por ende, accesibles a las fuerzas policiales, pudiendo constituir instrumento de investigación del delito.

Tampoco conculca ningún derecho la aprehensión por funcionarios de Policía de cigarrillos directamente del sospechoso. La STS nº 670/2009, de 19 de junio declara que “no concurrió una intervención corporal sobre el acusado, sino que se incautó un material biológico ya depositado sobre un objeto, de manera que la obtención no afectó, siquiera mínimamente, a su integridad; y fue llevada a cabo por los funcionarios, por su propia autoridad, de manera legítima, cuando ya existía una investigación en curso y sospechas que recaían sobre el que ahora recurre... En este sentido, no existe una esencial diferencia objetiva entre el acceso a esa porción de papel de fumar y el que

podría haberse producido con solo esperar un mínimo de tiempo y recoger la colilla, de la que, normalmente, el interesado habría tenido que desprenderse”.

Desde luego no es necesaria la presencia del fedatario público en la recogida de muestras ( vid. STS nº 1190/2009, de 3 de diciembre).

En los casos de toma indirecta de muestras habrá de acreditarse que los restos genéticos abandonados proceden del imputado, lo que normalmente requerirá la citación a juicio de los funcionarios que han participado en la aprehensión de los mismos.

#### **IV.- APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LO 10/2007, de 8 de OCTUBRE REGULADORA DE LA BASES DE DATOS POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN**

Esta cuestión puede parecer inicialmente más dudosa porque las menciones de la Disposición Final Primera de la LORPM no abarcan expresamente esta norma en cuestión.

Tampoco contiene la LO 10/2007 ningún pronunciamiento expreso en orden a su aplicabilidad al sistema de Justicia Juvenil, si bien cuando define su objeto, lo hace en términos omnicomprendivos. El art 1 dispone que *se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.*

La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 establece que *para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito.*

Tales delitos son los delitos graves (castigados con pena de prisión superior a cinco años, conforme a los arts. 13 y 33 CP), y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis LECrim. Debe tenerse presente que el listado de delitos del art 282 bis LECrim se amplía tras la reforma operada por LO 5/2010.

En una primera aproximación, los términos generales en los que se redactan ambos preceptos permiten entender abarcada la investigación de delitos cometidos por menores. Pero es que además, la LO 10/2007 no es sino un complemento de la regulación contenida en la LECrim, en sus arts 326 y 333. Efectivamente, la citada Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 expresamente asume su función de complemento de la LECrim al incluir un último inciso *-de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal-* de remisión a nuestro Código Procesal Penal.

De este modo, en todo caso entraría en aplicación la reseñada Disposición Final Primera LORPM.

Esta conclusión obliga a considerar expresamente dos cuestiones:

#### **A.- La toma de muestras de ADN del menor por la policía judicial**

La Ley 10/2007 configura los análisis de ADN de manera que las muestras obtenidas solo proporcionan datos sobre identidad y sexo. La determinación del perfil, conforme a las disposiciones legales, no se referirá al ADN codificante, que contiene todos los datos genéticos de la persona.

Como el propio Preámbulo expone, la Ley 10/2007 “contiene una salvaguarda muy especial, que resulta 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”.

De ello puede obtenerse la conclusión de que en estos casos la afectación del derecho a la intimidad genética es inexistente, mientras que la afectación del derecho a la integridad corporal es inapreciable, en cuanto que sólo supone la toma de una muestra mínima de saliva.

Por todo ello, desde el punto de vista de la garantía de estos derechos fundamentales, la reseña de ADN puede equipararse a la reseña decadactilar.

La toma ordinaria de muestras de saliva como una diligencia más del atestado en los casos en los que la detención sea por alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007 puede llevarse a cabo por la propia Policía actuante, sea o no mayor de edad el detenido. Es a estos efectos aplicable la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, conforme a la que *para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado....* Su limitado objeto –al igual que sucede con la reseña decadactilar- permite que el nivel de garantías exigible no abarque ni la asistencia letrada ni la jurisdiccionalidad.

En términos generales, la reseña de los menores implicados en delitos es objeto de regulación con rango reglamentario en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores Reglamento* (en adelante, RLORPM).

El art. 2.3 dispone que *los registros policiales donde consten la identidad y otros datos que afecten a la intimidad de los menores serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la investigación de un caso en trámite o aquellas personas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, autoricen expresamente el juez de menores o el Ministerio Fiscal, todo ello sin*

*perjuicio de las disposiciones que, en materia de regulación de ficheros y registros automatizados, dicten las comunidades autónomas de acuerdo con sus respectivas competencias.*

Por su parte el art. 2.4 establece que *a tal efecto, cuando, de conformidad con el artículo 17...se proceda a la detención de un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal.*

La Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *protocolo de actuación policial con menores* dispone en su punto 4.13.1 que se obtendrá la reseña policial del menor detenido para los solos fines de identificación e investigación policial, que quedará contenida en una aplicación específica, e incluirá datos biográficos, impresiones decadactilares y fotografía. En el punto 4.13.2 se establece que se obtendrá de manera ordinaria la reseña de los menores infractores penales entre 14 y 18 años.

La interpretación sistemática de los preceptos mencionados, tamizada a su vez por la Disposición Adicional Tercera y el art 3.1 a) de la LO 10/2007, lleva a la conclusión de que también en el ámbito del proceso penal de menores, y en relación con los delitos graves a que se refiere la Ley, la Policía Judicial puede proceder a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado.

En efecto, la Disposición Adicional Tercera contiene un mandato dirigido a la Policía Judicial, que como tal actúa también en el proceso penal de menores (art 6 LORPM).

Como ha expuesto la jurisprudencia, la toma de muestras de saliva debe sin duda considerarse una intervención leve o levisima, por lo que de mediar consentimiento por parte de la persona afectada, no exige la intervención judicial en su ejecución. (vid. SSTS nº 1072/2006, de 31 de octubre y 103/2000, de 3 de febrero)

Esta doctrina ha sido aplicada en otro contexto por la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados a una intervención corporal de mayor entidad cual es la de la práctica de una radiografía.*

Podrá por tanto la Policía tomar por sí muestras a efectos de la reseña de los menores detenidos en aplicación de la LORPM siempre que la detención esté basada en hechos que pudieran constituir delitos de los comprendidos en el radio de aplicación de la LO 10/2007.

Partiendo de la necesidad de consentimiento del afectado para la toma de estas muestras, cabe considerar la capacidad de los menores para prestar ese consentimiento y las condiciones de validez del mismo.

Estas cuestiones deben abordarse distinguiendo entre menores de 14 años, excluidos de toda exigencia de responsabilidad penal, y sobre los que se tratará más

adelante, y los menores comprendidos entre 14 y 18 años, susceptibles de incurrir en responsabilidad penal. En relación con estos últimos, deben hacerse dos matizaciones:

- El menor mayor de 14 años puede a tales efectos prestar por sí el consentimiento con plena eficacia jurídica, siendo suficiente la información de este consentimiento en los términos en que viene expuesta en los formularios elaborados por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

La duda sobre si es o no necesaria la asistencia de los representantes legales del menor para la prestación de este consentimiento ha de resolverse conforme a las disposiciones generales que rigen la capacidad de obrar de los menores de edad. Así, según lo dispuesto en el art. 162 CC, se excepciona del ámbito de representación de los padres *"los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"*. Además, el art 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor* dispone que *"las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva"*.

En este contexto, teniendo en cuenta que las tomas afectarán a menores de al menos catorce años, la presunción ha de ser la de que éstos pueden por sí prestar este consentimiento. Por supuesto, tal presunción habrá de decaer cuando se entendiese por los funcionarios actuantes que concurren en el concreto menor circunstancias que le impiden comprender la trascendencia del acto. En este caso deberá recabarse el consentimiento de los representantes legales.

Como refuerzo de las anteriores conclusiones cabe mencionar que la LORPM reconoce la capacidad del menor para prestar su consentimiento sin necesidad de representación ante un acto de mucha más trascendencia jurídica cual es el de la conformidad (arts. 32 y 36 LORPM) y el ya citado criterio que en sus respectivos ámbitos mantienen la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen y el Reglamento de desarrollo de la Ley de protección de datos de carácter personal.

Cuando en sede policial el menor detenido se niegue a prestar su consentimiento para la toma de muestras, conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera, y en los arts 6, 16 y 23.3 LORPM la correspondiente solicitud policial se tramitará a través de la Sección de Menores de Fiscalía, siendo competencia de ésta la valoración de la necesidad de la misma y la solicitud, en su caso, al Juez de Menores, no estando legitimada la Policía Judicial para plantear la solicitud directamente a la autoridad judicial, como se desprende de lo dispuesto en el art 2.2 RLORPM.

- Inexigibilidad de asistencia letrada: Ninguna disposición legal prevé la asistencia jurídica para la toma de muestras de ADN por parte de la policía. Con carácter general, tampoco se exige la presencia del Letrado para la práctica de otras diligencias como son la exploración radiológica del detenido, o la prueba de alcoholemia (STS nº 590/2000, de 8 abril); el registro practicado en el domicilio del acusado cuando todavía no se le imputa delito alguno (STS nº 847/1999, de 24 mayo, con cita de otras muchas y Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, *sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido*).

Del mismo modo, la asistencia letrada no es exigible ni en las declaraciones de otros coimputados a los que no asiste profesionalmente; ni en declaraciones de los testigos; ni en actos de imputación a terceros por parte del detenido (STS nº 1737/2000, 15 de noviembre).

De todo ello se concluye que la asistencia letrada para tomar muestras del detenido a efectos de reseña no es una exigencia legal. En este sentido es ilustrativo que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo hayan declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva “en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente”. (SSTC nº 32/2003 y 475/2004) y SSTS nº 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005 y 863/2008).

La minoría de edad de afectado no justifica una excepción a este régimen general, en relación con una diligencia asimilable a la toma de impresiones decadactilares.

### **B.- Inserción de la reseña de menores en la base de datos policial**

Las Recomendaciones del Consejo de Europa en relación con las bases de datos de ADN incorporan, con carácter general, restricciones y garantías (vid. Recomendación (87)15 de 11 de septiembre de 1987, reguladora del uso de datos personales por la Policía y Recomendación (92) 1 de 10 de febrero de 1992, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal. En el mismo sentido se pronuncian los instrumentos emanados de las instituciones de la Unión Europea (vid. Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis del ADN, Decisión marco 2008/977/JAI sobre la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C 296/01)).

Las restricciones y garantías marcadas por estos instrumentos han sido incorporadas a nuestro ordenamiento interno a través de la LO 10/2007.

En este contexto, la posibilidad de la inserción de los datos de identidad de ADN procedentes de menores en la base de datos policial puede afirmarse partiendo de las siguientes premisas:

- La Ley especial, como se ha expuesto más arriba, es aplicable supletoriamente al sistema de Justicia Juvenil.
- La finalidad de estas bases de datos es no solo la investigación y averiguación de delitos, sino también los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.
- Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial 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 (art. 4 Ley 10/2007).
- Los datos contenidos en la base de datos sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial, así como por las Autoridades Judiciales y

Fiscales, en la investigación de los delitos a que se refiere la Ley (art. 7 Ley 10/2007).

- Como recuerda el Memorando explicativo de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, antes citada, la finalidad de estas bases de datos no es solamente la incriminación de sospechosos sino también la exoneración de inocentes. Esta dimensión polivalente de la utilización del ADN debe tenerse especialmente en cuenta dada la existencia de Sentencias de revisión que han rescindido condenas en base a la exoneración del condenado tras ulteriores análisis de ADN.

Por lo demás, la STEDH de 4 de diciembre de 2008 (S. y Marper contra Reino Unido) parte de la legitimidad de insertar registros de ADN de menores en bases de datos.

La Exposición de Motivos de la Ley 10/2007 también apunta hacia el carácter global de la base al declarar que el objeto de la Ley es *la creación de una base de datos en la que, de manera única, se integren los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*.

Debe entenderse, por tanto, que los datos de identidad de ADN procedentes de menores pueden ser incluidos en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que es la única prevista en la Ley, bien que con la indicación –como se hace en la práctica- de que proceden de un menor.

Respecto a la conservación de los datos registrados, el punto 8 de la REc.(92) 1 sobre *utilización de los análisis de ADN* dispone la destrucción de los datos al término del proceso “a menos que se precisen para necesidades vinculadas a aquellas para las que fueron extraídas, a la prevención general, siempre que el sujeto sea condenado...” y prevé plazos máximos de conservación a fijar por los Estados parte.

El régimen singular de la responsabilidad penal del menor debe comportar en nuestro ordenamiento especialidades en cuanto a la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN de los menores en la base de datos. Si con carácter general no puede exceder del tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme (art. 9.1 Ley 10/2007), en relación con menores condenados conforme a la LORPM, a efectos de determinar los plazos de cancelación de las medidas impuestas debe recordarse la doctrina sentada por la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores* que disponía al respecto que “se impone en este tema, una vez más, la aplicación supletoria del CP, y más concretamente, teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, su art. 137, según el cual *las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto (...) en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida, sin plazos adicionales*”.

Lógicamente, serán también aplicables las demás causas de cancelación previstas en el art. 9 de la Ley 10/2007, entre ellas, la absolución por sentencia firme.

Finalmente como garantía adicional del interés del menor afectado, se extiende a este ámbito la restricción del acceso a los asientos relativos a menores a los miembros del GRUME y a la Policía Científica.

## **V.- RÉGIMEN APLICABLE A LOS MENORES DE CATORCE AÑOS**

Cabe plantearse si las disposiciones de la LO 10/2007 pueden ser aplicables a menores de 14 años.

A la hora de abordar esta cuestión, no resuelta expresamente por ninguna disposición normativa, no debe olvidarse que la base de datos no tiene como única finalidad la investigación de delitos, sino también la identificación de cadáveres y la averiguación de personas desaparecidas. A estos efectos ajenos al proceso penal, no existe ningún obstáculo a la inserción del perfil de menores de 14 años en la base de datos.

Por lo que se refiere a menores de 14 años implicados en la comisión (o sospechosos de estarlo) de alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007, el principio general debe ser el de la improcedencia de tomar muestras de su ADN, dado que los menores de 14 años no son susceptibles de intervención desde el ámbito de la LORPM. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 es rotunda al respecto: la nueva Ley declara irresponsables penalmente, sin excepción, a todos los menores de 14 años y prohíbe cualquier intervención sobre los mismos que no sea de carácter exclusivamente tuitivo

Este principio general de improcedencia de toma de muestras puede, no obstante, tener excepciones.

En efecto, debe entenderse que -de manera indirecta y tangencial- los menores de 14 años también se ven afectados por las previsiones de la LORPM. Así, el art. 3 LORPM establece que “cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”.

De esto se deduce que la comisión de hechos delictivos por menores de 14 años no le es indiferente a la LORPM y puede afirmarse que dicha comisión genera actuaciones tanto por parte de la Policía que debe elaborar un informe, como del Fiscal, que a la recepción del informe debe abrir Diligencias Preliminares. No obstante, estas actuaciones son limitadas y desde luego quedan al margen del proceso educativo sancionador previsto en la LORPM.

En cuanto a la intervención Policial, la Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *protocolo*



*de actuación policial con menores* en su punto 3.3.3 b) dispone que en estos casos la intervención de la Policía consistirá en la participación al Ministerio Fiscal de los hechos y circunstancias conocidas, con confección y remisión del correspondiente informe policial.

Es evidente que dicho informe policial ha de extenderse a la identificación del menor. De nuevo debe aclararse que tal identificación tendrá por finalidad exclusiva la de posibilitar ulteriores actuaciones protectoras, si las mismas se revelan necesarias.

En estos casos, pues, es claro que los menores infractores de menos de 14 años deberían ser identificados. Aunque las reseñas fotográficas y decadaclares y en su caso, la toma de muestras a efectos de ADN solamente deben practicarse como regla general respecto de menores mayores de 14 años, cabría practicar tales reseñas a menores infractores que en el momento de la comisión del hecho no hayan alcanzado los 14 años a los exclusivos fines de asegurar su protección, y siempre que el análisis del ADN fuera imprescindible para una plena identificación.

Cabría también plantearse el supuesto de que al menor de catorce años se le imputara un delito de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) y fuese necesario la práctica de una pericial de análisis de ADN, no para conocer su identidad, sino a efectos de comprobar mínimamente la participación del mismo en los hechos y a fin de posibilitar la intervención protectora, en la inteligencia de que la comisión de determinados delitos es un dato objetivo de especial importancia a los efectos de fundamentar la intervención protectora de las Entidades Públicas.

En otro orden de cosas, hay que considerar que la investigación de los hechos graves que integran los delitos a que alude la LO 10/2007 no puede cerrarse sin más cuando las sospechas o evidencias de la autoría recaigan sobre persona menor de 14 años. La exención de responsabilidad penal del sospechoso no excluye sino, al revés, demanda su completa identificación como autor de los hechos para descartar otras sospechas y cerrar vías de investigación, pero sobre todo para dispensar en su caso la protección que la situación de riesgo del menor demande.

Para estos supuestos ha de entenderse que, de nuevo a los efectos exclusivamente de protección, y siempre que fuera imprescindible para determinar la identidad del menor y su relación con los hechos delictivos investigados, podría el Fiscal acordar la práctica tal diligencia, utilizando el trámite de las Diligencias Preliminares abiertas.

Para ello sería necesario recabar el consentimiento del menor, si es mayor de doce años y tiene suficiente juicio. Si el menor no tiene mas de doce años o si siendo mayor de doce no tiene madurez suficiente, habría de recabarse el consentimiento de sus representantes legales (vid. por analogía, art. 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*).

En estos casos, el resultado de las pruebas debería hacerse constar en el Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares, que en su caso tendría que ser remitido, junto con el testimonio de las actuaciones, a la Entidad Pública de Protección de Menores a los efectos previstos en el art 3 LORPM.

Esta práctica de diligencias a efectos de protección debe ser acordada únicamente con carácter excepcional y conforme al principio del superior interés del menor, concretado en estos supuestos en la necesidad de conocer extremos que pueden ser relevantes a la hora de decidir respecto a la procedencia de adoptar medidas tuitivas.

Madrid a 20 de septiembre de 2010  
LA FISCAL DE SALA COORDINADORA DE MENORES

-----o0000-----

## ANEXO II

### **DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA OBTENCION DE MUESTRAS DE ADN EN ASUNTO CRIMINAL<sup>21</sup>**

#### **1.- DATOS DE LA ACTUACION:**

Agentes actuantes: TIP

.....TIP.....

Motivo que origina la muestra.....(diligencias nº .....de fecha

.....)

tramitadas por ..... en asunto.....

.....)

(o: referencia judicial ...../ referencia policial .....

.....)

Unidad y lugar en que se realiza la toma .....

.....)

Precinto: ..... --SI-- ..... --NO--

#### **2.- DATOS DEL DONANTE DE LA MUESTRA**

D/D<sup>a</sup> (NOMBRE Y DOS APELLIDOS)

.....)

DNI nº ..... FECHA Y LUGAR DE

NACIMIENTO.....)

DOMICILIO y TFNO. DE CONTACTO

.....)

EN CALIDAD DE: SOSPECHOSO/ ..... DETENIDO/ ..... IMPUTADO/ .....

<sup>21</sup> En Cataluña y en el País Vasco se complementará el formulario con su legislación autonómica específica sobre Bases de Datos.

### **3.- CIRCUNSTANCIAS DE LA TOMA DE LA MUESTRA**

En ....., en las dependencias de ....., sitas en ....., siendo las ..... h del día ..... de ..... de ....., por la Fuerza actuante en la práctica de la presente Acta, se solicita consentimiento para proceder a la recogida de muestras biológicas (de saliva .....) de carácter indubitado de D/D<sup>a</sup> ....., consistentes en FROTIS BUCAL, mediante dos hisopos estériles, para la realización de estudios de ADN, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identificación de la persona y de su sexo.

Con arreglo a lo establecido en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se informa de lo siguiente:

1.- Que los datos y resultados obtenidos tras la realización de dichos análisis podrán ser utilizados para identificación genética sobre ADN meramente identificador, en la presente investigación o en otras, anteriores o futuras, que se sigan por la comisión de aquellos delitos para los que la legalidad vigente autoriza el régimen y tratamiento de los perfiles de ADN, obrando dicha información en ficheros policiales.

2.- Que el uso y la eventual cesión de datos se ajustará a la normativa de aplicación y a la singular regulación de los ficheros en que se registre dicha información, en virtud de lo establecido en el art. 7 de la LO 10/2007 de modo que los datos contenidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado primero del [artículo 3 de esta misma Ley](#). Asimismo, podrán cederse los datos contenidos en la base de datos a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes, a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado 1 del [artículo 3 de esta Ley](#), así como al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en la [Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia](#).

3.- Que las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, serán remitidos a los laboratorios debidamente acreditados, correspondiendo a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

4.- Que la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará:

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

En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no

imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.

La cancelación de la conservación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, conllevará la destrucción del extracto de la muestra genética.

5.- Que el afectado podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación y acceso a los datos, en los casos y en la forma previstos en el art. 9 de la LO 10/2007 y en los términos establecidos en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en su Reglamento de desarrollo. Dichos derechos de cancelación, rectificación y acceso a los datos pueden ejercitarse ante el Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, c/ Amador de los Ríos nº 2 – 28071 Madrid<sup>22</sup>.

Que, informado de lo anterior, PRESTA SU CONSENTIMIENTO, de forma expresa y libre, para la toma y análisis de muestras biológicas, firmando voluntariamente

Fdo.: (persona a la que se le toma la muestra)

-----HUELLAS DACTILARES

INDICE DCHO.  
INDICE IZQ.

Fdo.: (agente instructor)

Fdo.: (agente secretario)

---

<sup>22</sup> Las distintas instituciones implicadas podrán especificar también la dirección del Administrador de su Base de Datos Local.