

MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE JUSTICIA M
DE JUSTICIA MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTE
MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE
DE JUSTICIA MINISTERIO DE JUST
MINISTERIO DE JUSTICIA M
DE JUSTICIA MINISTE
MINISTERIO DE
DE JUST
M

GUIA PARA EL USO FORENSE DEL ADN

COMISIÓN NACIONAL
PARA EL USO FORENSE DEL ADN

2019



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

GUÍA PARA EL USO FORENSE DEL ADN

Aviso legal

Esta publicación es propiedad de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN y está protegida por los derechos de autor.

© Guía para el Uso Forense del ADN

Reproducción autorizada siempre que se cite la fuente.

Cita recomendada: Guía para el Uso Forense del ADN. Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. Ministerio de Justicia. Madrid. 2019

Coordinación:

Ignacio José Fernández Soto. *Magistrado. Vocal de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN y coordinador de su Grupo Jurídico y Bioético*

Yolanda Gutiérrez García. *Fiscal. Vocal de la Comisión Nacional par el Uso Forense del ADN*

Antonio Alonso Alonso. *Director Nacional del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses. Vicepresidente de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN*

Secretaría de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN

Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses

José Echegaray 4. 28232 Las Rozas. Madrid.

Página Web:

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/comision-nacional-para-forense>

Correo electrónico:

cnusoforensedn@mjusticia.es

GUÍA PARA EL USO FORENSE DEL ADN

COMISIÓN NACIONAL PARA EL USO FORENSE DEL ADN



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Madrid 2019

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://cpage.mpr.gob.es>

Edita:

Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica.

Maquetación:

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

NIPO (papel): 051-19-070-0

NIPO (pdf): 051-19-071-6

Depósito legal: M-2962-2020

PRESENTACIÓN

Esta guía sobre el uso forense del ADN ha sido aprobada por la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN en su reunión del día 24 de octubre de 2019, con base en los trabajos preparatorios realizados por el Grupo Jurídico y bioético y la Comisión Técnica permanente de la citada comisión.

Tiene como finalidad facilitar el conocimiento del uso forense del ADN a los profesionales del ámbito de la Administración de Justicia (jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, médicos forenses, facultativos de institutos de Toxicología y Ciencias Forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre otros).

Con este objetivo, la guía ofrece una aproximación a los distintos preceptos legales y estándares científicos relacionados con la prueba del ADN, describiendo la normativa legal, los procedimientos científicos y las buenas prácticas a través de las diversas fases del proceso: la obtención de la muestra, los análisis de ADN, la búsqueda en bases de datos, conservación y destrucción de la muestra, el informe pericial y la valoración de la prueba.

La guía contiene propuestas y recomendaciones de buenas prácticas fruto de la experiencia profesional de los integrantes de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. Se recogen en los anexos la documentación aprobada por la comisión en relación con las tomas de muestras, las recomendaciones del Grupo Jurídico y bioético sobre los nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos, y una breve reseña jurisprudencial con sentencias sobre la validez y valoración de la prueba pericial de ADN en el proceso penal.

Nada de lo recogido en esta guía tiene carácter vinculante o normativo, ni tiene pretensión académica, ofreciéndose únicamente con finalidad estrictamente divulgativa de buenas prácticas.

Mi agradecimiento y consideración a Esmeralda Rasillo López, anterior Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia y Presidenta de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, por su decidido compromiso e impulso durante su mandato, en la elaboración de la presente guía.

LA PRESIDENTA DE LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL USO FORENSE DEL ADN

Concepción López-Yuste Padial

Directora General para el Servicio Público de Justicia

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	10
II. NORMATIVA APLICABLE	13
III. LA OBTENCIÓN DE LAS MUESTRAS	16
A. Obtención de vestigios biológicos de la escena del crimen y del cuerpo de la víctima	16
B. Obtención de muestras de referencia indubitadas con intervención corporal	18
C. Estándares científicos en la toma de muestras	24
D. Prueba penal transfronteriza: la obtención de muestra de ADN en otro Estado	26
IV. ANÁLISIS DE ADN	28
A. Laboratorios acreditados para el análisis del ADN	28
B. Marcadores de ADN acreditados y sus aplicaciones forenses	29
C. Conservación, postcustodia y destrucción de las muestras de ADN	31
V. FICHEROS BASES DE DATOS DE IDENTIFICADORES DE ADN	32
A. Bases de datos de ADN para uso forense existentes y su interoperabilidad	32
B. Incorporación del resultado del análisis a la base de datos	34
C. Utilización de los datos objeto de inscripción	34
D. Cancelación de datos. Normativa de protección de datos	36
E. Cesión e Intercambio internacional entre bases nacionales de datos de ADN	39
VI. OTROS REGISTROS CENTRALIZADOS DE INTERÉS CRIMINAL	41
VII. UTILIDAD DEL ANÁLISIS DEL ADN COMO MEDIO PROBATORIO	42
A. Estándares de análisis e interpretación de la prueba pericial del ADN	42
B. Valoración de la prueba pericial en el proceso penal	43
C. Valoración de la prueba pericial en los procesos de filiación	45
VIII. NUEVAS TECNOLOGÍAS DE ANÁLISIS GENÉTICO	47
IX. GLOSARIO	49
ANEXO I. FORMULARIOS	52
A. Formulario policial de investigados o encausados	52
B. Formulario de investigados o detenidos para institutos de Medicina Legal	55
C. Formulario policial de víctimas	58
D. Formulario de víctimas para institutos de Medicina Legal	61
E. Formulario de familiares en sucesos de víctimas múltiples	63

F. Formulario de solicitud de toma de muestras biológicas para la obtención de perfiles genéticos por el INTCF y su registro en el fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos	64
ANEXO II. RECOMENDACIONES DEL GRUPO JURÍDICO Y BIOÉTICO SOBRE EL USO DE LOS NUEVOS MARCADORES DE ADN	67
ANEXO III. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE INTERÉS	69

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de ADN se ha erigido en un medio de prueba clave en el orden penal para la investigación y persecución de los delitos, en la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas, así como en el orden civil para la resolución de procesos de filiación.

Las técnicas de ADN permiten, a partir de un vestigio dejado por el autor de un delito (muestra dubitada) determinar un perfil genético y seleccionar a un único individuo de entre todos los demás, constituyéndose como una prueba esencial tanto de cargo como de descargo al contrastarlo con el perfil genético del sospechoso (muestra indubitada). El desarrollo de las bases de datos de ADN ha ampliado el campo de investigación, al permitir no solo la confrontación de una muestra dubitada de ADN con el ADN del sospechoso (cotejo directo o de uno contra uno), sino la comparación de la muestra o muestras dubitadas con los perfiles de sospechosos o condenados que han accedido a una base de datos (cotejo de varios contra varios), permitiendo la resolución de casos en los que no existen, *a priori*, indicios de criminalidad contra determinada persona.

Su fiabilidad científica la ha convertido en una prueba reina en la investigación de los hechos delictivos más graves, al aportar un posible indicio objetivo de la participación en el hecho delictivo y permitir descartar, por el contrario, a personas sospechosas cuya identidad se determinó por medios probatorios clásicos menos fiables científicamente. Prueba de ello ha sido la revisión de casos resueltos por sentencia firme en los que la prueba de ADN permitió excluir la culpabilidad de personas condenadas y, más recientemente, la resolución de casos gracias a las técnicas de ADN más modernas que permiten analizar nuevos marcadores para valorar la posible ascendencia biogeográfica y determinar ciertos rasgos fenotípicos del sospechoso¹.

Por todo ello, la relevancia de la prueba pericial de ADN resulta a día de hoy indiscutible en el ámbito forense, así como la necesidad de una regulación completa que garantice tanto la fiabilidad científica de los análisis como una adecuada ponderación de los intereses y derechos fundamentales en juego, como la protección de la información genética, el derecho a la intimidad² o los riesgos de utilización de los datos con sesgos

¹ Caso de Eva Blanco (1997). Una exposición detallada de este caso, se encuentra en la guía *Interpretando la genética forense*, (pág. 37) reciente traducción y adaptación al español de la guía original en inglés *Making sense of forensic genetics* elaborada por Sense about Science en asociación con EUROFORGEN y ISFG. Acceso directo al documento: https://senseaboutscience.org/wp-content/uploads/2019/04/SaS-ForensicGenetics-spanish-translation-WEB-spreads-13_03-amend.pdf (acceso 27 julio 2019).

² El art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone, en relación con el derecho a la vida privada y familiar que: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

raciales o étnicos³. Nuestra legislación parte de la distinción entre ADN codificante y no codificante, en el entendimiento de que el segundo es neutral en términos de información no relacionada con el propósito de identificación, mientras que el análisis del primero debe descartarse para no «revelar cualquier otro dato o característica genética» (Exposición de Motivos de la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN). Hoy, sin embargo, sabemos que hay variaciones en el ADN no codificante que proporcionan información genética distinta de la meramente identificadora del sujeto, así como que en el ADN codificante puede encontrarse información de rasgos fenotípicos y ascendencia biogeográfica útiles como medio de investigación que no afectan a información genética sensible.

La legislación española se concentra en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal. A ello hay que añadir la normativa internacional que forma parte de nuestro ordenamiento interno.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo una disposición adicional tercera en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la cual se encomendaba al gobierno la regulación mediante Real Decreto de la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, que fue creada por el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre. Su artículo 1.1 regula su composición y funciones y lo configura como un órgano colegiado adscrito orgánicamente al Ministerio de Justicia, en el que depende jerárquicamente de la Secretaría de Estado de Justicia, y cuya función en términos generales consiste en conjugar los avances científicos y tecnológicos en materia de ADN con propuestas normativas respetuosas con los derechos y libertades de las personas. Estas, una vez tengan el reflejo legislativo deseado, permitirán su aplicación judicial, lo que contribuirá al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, en beneficio del interés general.

La comisión se articula en un Grupo Jurídico y Bioético y en una Comisión Técnica Permanente cuyo trabajo coordinado permite un estudio integral y detallado de cuestiones y problemáticas, tanto científicas como jurídicas, que puedan surgir en materia de ADN. Fue en el seno de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN donde surgió la iniciativa de elaborar un documento, dirigido principalmente a las carreras judicial y fiscal, que expusiera las líneas esenciales del fundamento científico de la prueba de ADN y la normativa que regula su práctica y su aplicación al proceso, fundamentalmente al ámbito penal. El fruto de estos trabajos es la *Guía para el Uso Forense del ADN* que ahora se presenta.

³ Como señala la STS 734/2014, al reflexionar sobre la necesidad de asistencia letrada para que el detenido preste consentimiento informado a la toma de muestras biológicas mediante frotis bucal, «(...) a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que este, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno del máximo de protección».

Por ello concluimos transmitiendo el más sincero agradecimiento y felicitación por el trabajo serio, riguroso y desinteresado que han realizado a lo largo de estos diez años todos los miembros de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, y específicamente para la elaboración de esta guía, así como el grupo de expertos y colaboradores con los que hemos contado en el desarrollo de los trabajos realizados.

II. NORMATIVA APLICABLE

La regulación legal en materia de ADN podemos dividirla en dos bloques, nacional y europea:

Normativa nacional:

— Los artículos 282, 326, 363, 520.6 c) y Disposición Adicional Tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Artículo 129 bis del Código Penal.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— La Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/09/pdfs/A40969-40972.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— 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.

<https://www.boe.es/boe/dias/2008/12/11/pdfs/A49596-49598.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento de desarrollo creado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio.

<https://www.boe.es/boe/dias/2004/08/30/pdfs/A30127-30149.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en especial art. 22 y normativa de desarrollo.

<https://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Real Decreto 32/2009, de 6 de febrero de 2009, por el que se aprueba el protocolo nacional de actuación Médico Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples (BOE 6/02/2009).

<https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/06/pdfs/BOE-A-2009-2029.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo (BOE 19/05/2010).

<https://www.boe.es/boe/dias/2010/05/19/pdfs/BOE-A-2010-8030.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (trasposición de la directiva 2014/41/CE), reformada por Ley 3/2018.

<https://www.boe.es/boe/dias/2018/06/12/pdfs/BOE-A-2018-7831.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8470-consolidado.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes sexuales.

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/12/30/pdfs/BOE-A-2015-14264.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Protocolo para la recuperación, identificación, traslado e inhumación de los restos mortales de los miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, fallecidos en operaciones fuera del territorio nacional.

<https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/12/30/2394>.

Normativa europea:

— Resolución del Consejo (97/C 193/02), de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis del ADN.

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y0624\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y0624(02)&from=ES) (acceso 22 julio 2019).

— Recomendación (92) 1 del Consejo de Europa relativa al uso del ADN en el marco de la justicia penal.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docId=09000016804e54f7>. (En inglés), (acceso 22 julio 2019).

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

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:296:0001:0003:ES:PDF> (acceso 22 julio 2019).

— Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005.

<https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/prumtr.pdf> (En inglés) (acceso 22 julio 2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2006/12/25/pdfs/A45524-45534.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Decisión 2008/615/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008; sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008D0615&from=ES> (acceso 22 julio 2019).

— Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008; relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

<https://www.boe.es/doue/2008/210/L00012-00072.pdf> (acceso 22 julio 2019).

— Decisión marco 2009/905/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:322:0014:0016:ES:PDF> (acceso 22 julio 2019).

— Directiva 2014/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

<https://www.boe.es/doue/2014/130/L00001-00036.pdf> (acceso 22 julio 2019).

III. LA OBTENCIÓN DE LAS MUESTRAS

La obtención de las muestras biológicas para su posterior análisis constituye la primera de las cuestiones problemáticas que han de abordarse en la prueba del ADN, especialmente la toma de muestras por parte de la Policía Judicial.

A. Obtención de vestigios biológicos de la escena del crimen y del cuerpo de la víctima

La incautación de vestigios cuyo análisis biológico pueda contribuir al esclarecimiento del hecho investigado (muestra dubitada) puede venir acordada por el juez de instrucción o puede ser decidida directamente por la Policía Judicial, pues así lo contempla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, también LECrim.). La interpretación jurisprudencial también admite la recogida de muestras abandonadas atribuidas al investigado (muestra atribuida)⁴.

El artículo 326, párrafo tercero, de la LECrim.⁵, dispone que: «Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282». Asimismo, el art. 282 faculta a la Policía Judicial para «recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial».

En relación con estos artículos, el Acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, adoptó como criterio, incorporado posteriormente en distintas Sentencias⁶ que: «La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial».

La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (en adelante, también LO 10/2007) consagró esta interpretación al disponer 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».

⁴ Las muestras atribuidas, a diferencia de las muestras indubitadas, no se toman directamente del donante con las garantías de fehaciencia establecidas en la ley, lo que puede plantear problemas de valoración si se cuestiona la regularidad de la toma. Esto aproxima su naturaleza a la de las muestras dubitadas. El uso de muestras atribuidas para contrastarlas con las muestras dubitadas ha perdido su razón de ser en la investigación penal desde el momento en que la ley permite la toma de muestras forzosas del investigado o encausado.

⁵ Introducido por la LO 15/2003, primera regulación expresa en la legislación procesal penal de la toma de muestras de ADN.

⁶ SSTs 179/2006, de 14 febrero; 355/2006, 20 marzo, 7710/2009 de 3 diciembre; 11/2017 de 19 enero.

La remisión legal al apartado 1 del art. 3 de la LO 10/2007, nos permite establecer el catálogo de delitos respecto de los cuales se pueden obtener muestras biológicas para su investigación, a saber:

- Los delitos graves, de conformidad con la clasificación de infracciones legales prevista en el art. 13 del vigente Código Penal en relación con el art. 33 del citado texto legal.
- Los delitos menos graves que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o 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.

No obstante, razones de prudencia aconsejan recabar autorización judicial en el caso, seguramente poco habitual, en que la recogida de muestras no requiera una actuación urgente, pues la reforma del art. 363 no ha alterado la redacción del art. 282 que, como se ha transcrito, supedita la recogida de vestigios sin control judicial previo a la existencia de peligro de desaparición.

También ha resultado objeto de discusión si se requiere resolución judicial que autorice el análisis biológico de las muestras intervenidas por la policía y la inclusión del perfil genético obtenido en una base de datos. Ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece este requisito para el análisis ni tampoco la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, para la inclusión del perfil genético del afectado; al contrario, en los casos de muestras indubitadas esta ley ha exigido el consentimiento únicamente para la toma, pero no así para la inclusión del perfil genético en la base de datos.

Ante la actual regulación legal, y sin perjuicio de algunas reflexiones que apuntarían a una reforma en profundidad de esta normativa⁷, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han convalidado las actuaciones policiales que acordaron la remisión de las muestras al laboratorio y la inclusión del perfil del investigado en las bases de datos sin solicitar autorización judicial⁸.

En cualquier caso, por razones de legalidad ordinaria, cuando la toma se realice por los médicos forenses entendemos que será en el marco de un proceso penal y, por tanto, bajo la dirección y control del juez instructor ya que, a diferencia de la Policía Judicial, los preceptos legales citados no prevén una actuación de estos sin cobertura procesal. Por las mismas razones, es aconsejable que el control judicial se extienda a una decisión

⁷ Al respecto, ver la STS 777/2013, de 7 de octubre.

⁸ Así lo entienden las SS.TS 1311/2005, 355/2006 o STS 949/2006; esta última considera que no solo la toma de muestras sino el análisis acordado por la Policía Judicial sin autorización judicial, pese a que no exista riesgo de pérdida de la muestra, es a lo sumo una irregularidad procesal que no invalida la prueba. Por su parte, el Tribunal Constitucional consideró que no se lesionó el derecho a la intimidad en la Sentencia 199/2013, de 5 de diciembre, recurso de amparo frente a la STS 1311/2005.

específica que acuerde el análisis de la muestra y la inclusión del perfil genético en la base de datos del ADN⁹.

En el ámbito de la Jurisdicción de Menores será el fiscal instructor, en su doble condición de garante de la Ley y de los derechos de los menores, quien dirigirá personalmente la investigación de los hechos y quien ordene a la Policía Judicial las diligencias pertinentes para la investigación del delito y la determinación de la participación del menor en este, de conformidad con el art. 6 y 16.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM).

B. Obtención de muestras de referencia indubitadas con intervención corporal

1. Concepto y requisitos legales

Las muestras de referencia indubitadas son muestras biológicas de procedencia conocida que nos permiten establecer, por comparación, la identidad de unos determinados restos humanos, la procedencia de un determinado vestigio biológico o una determinada relación de filiación. En el ámbito criminal procederán normalmente de la víctima o víctimas del delito y del sospechoso o sospechosos del hecho delictivo.

La ley parte del principio general de que las muestras indubitadas se obtienen con consentimiento del afectado. En su defecto, y cuando la toma requiera inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, será precisa autorización judicial. La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 establece que: «La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos e intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Esta ley dispone (art. 363) que: «Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN».

2. Sujetos que aportan muestras indubitadas

a) Víctimas

La ley no prevé expresamente la posibilidad de una toma de muestras coactiva, por lo que es opinión generalizada que solo es posible la toma de muestras con su consentimiento y, en este sentido, se pronunció el Grupo Jurídico y bioético de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN en el año 2014. A ello debe añadirse la consideración de que lo normal será que la víctima colabore con la investigación criminal y que, en todo caso, su negativa habrá de merecer una valoración favorable al encausado acerca de los indicios de criminalidad.

⁹ El Instituto Nacional de Toxicología, cuando la documentación judicial no es suficientemente expresiva, emite un formulario dirigido al órgano judicial para que le informe de si procede la inclusión del perfil genético, en su caso, en la base de datos de ADN, procediendo a efectuarlo si no hay contestación en determinado plazo. Es aconsejable, por razones de celeridad y seguridad jurídica, la contestación expresa a dicha petición.

Esta opinión admite matizaciones. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece para los testigos y denunciantes un deber general de colaboración con la Administración de Justicia de mayor grado que al sujeto pasivo del proceso penal (por ejemplo, en cuanto a su deber de declarar), que puede ser impuesto de forma coactiva y por ello no es descartable una decisión judicial en este sentido¹⁰. No parece posible, sin embargo, acordar actos de compulsión física, previstos únicamente en la ley procesal para el sospechoso, investigado o encausado.

Entendemos que, en cualquier caso, la inclusión del perfil de la víctima en una base de datos no puede realizarse sin su consentimiento. La toma de muestras solo debería servir para el contraste en una prueba directa (uno contra uno) de ADN.

En cuanto a la víctima menor de edad habrá de contarse con su consentimiento si es mayor de 14 años (en este sentido art. 7 Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), debiendo consentir para los menores de 14 años su representante legal.

En relación con las víctimas con discapacidad intelectual (DI), se presume que tienen plena capacidad de obrar y, por tanto, capacidad para prestar por sí mismas su consentimiento informado sobre la toma de muestras biológicas, salvo que se acredite mediante sentencia la modificación judicial de su capacidad de obrar, en cuyo caso se estará al alcance y contenido de la resolución judicial. En ese caso, se recabará el consentimiento informado de quien ejerza la tutela o tenga la patria potestad rehabilitada o prorrogada, para la toma de muestra biológica (vid. Art. 25 del Código Penal).

Para ayudar al entendimiento con la víctima con DI, se deberá preparar un documento de consentimiento informado en lectura fácil o bien recabar, en caso de estimarse necesario, la presencia de un facilitador.

b) Investigados y encausados

A las personas investigadas o encausadas se les solicitará su consentimiento tras haber sido debidamente informadas de la relevancia de esta diligencia.

En lo que se refiere al investigado detenido, supuesto más frecuente de toma de muestras indubitadas, el art. 520 6. c) de la LECrim., en la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, incorpora la obligación de que el consentimiento se efectúe con asistencia letrada. El criterio legal viene a consagrar lo que dispuso el Tribunal Supremo en el acuerdo de pleno no jurisdiccional de 24 de septiembre de

¹⁰ En el poco probable supuesto en que la víctima no consienta aportar una muestra que sea decisiva para esclarecer la autoría de un hecho delictivo —por ejemplo, cuando hay un perfil dubitado con mezcla de ADN de víctima y autor— no puede descartarse sin más la imposición de la conducta por el órgano judicial, dada la escasa incidencia de la toma de muestras en la integridad física de la víctima o denunciante. Piénsese en que en un juicio extraordinario de revisión la carga de la prueba recae sobre el recurrente, por lo que la valoración de la negativa podría ser insuficiente para dictar sentencia estimatoria. Lógicamente, ello deberá adoptarse mediante resolución judicial motivada, ponderando los intereses en juego y la relevancia de la prueba de ADN para la resolución del caso.

2014, según el cual «la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado precisa de la asistencia de letrado cuando el imputado se encuentra detenido o, en su defecto, de autorización judicial. Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial, procedentes de una causa distinta, aunque no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos durante la fase de instrucción del proceso»¹¹. Basándose en dicho acuerdo, el Tribunal Supremo ha rechazado la impugnación de la licitud y validez de la toma de muestras por falta de asistencia letrada cuando tal cuestión se plantea por primera vez en los escritos de defensa¹².

La asistencia letrada es preceptiva para el momento en que se solicita del detenido el consentimiento para la toma de muestras biológicas, y su función consistirá en proporcionar al detenido la información necesaria sobre el alcance y las consecuencias que pueden derivarse tanto para el caso de prestar su consentimiento como para el supuesto de negarse a dicha diligencia de investigación, es decir, la posibilidad de que se produzca la toma forzosa de las muestras, en los términos que establece la letra c) del art. 520.6 de la LECrim. Dicha asistencia no es precisa para el acto mismo de la toma de muestras¹³.

Este consentimiento puede suplirse con autorización judicial mediante auto motivado atendiendo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que establece expresamente el art. 363 de la LECrim., que establece que: «Siempre que concurren

¹¹ Al respecto, la decisión del Tribunal Supremo plantea importantes dudas en el caso de nulidad de la prueba de ADN obtenido del detenido con su consentimiento, pero sin asistencia letrada. En el caso de que la prueba se hubiera obtenido en el mismo proceso, a raíz de sospechas de la participación del investigado en el hecho punible, la posibilidad de reiterar la prueba en fase de instrucción, con las garantías establecidas en la ley, parece admitirse por la Sentencia del Tribunal Supremo 834/2016, de 3 de noviembre. Es más discutible que pueda reiterarse la prueba en el caso de que la ilicitud se hubiera producido en otra causa y la conexión del encausado se haya determinado exclusivamente por la inclusión de su perfil en la base de datos de ADN. En este último caso, la ilicitud de la prueba debería llevar a la cancelación del perfil y a la imposibilidad de su repetición para convalidar la prueba de ADN en la causa en que es investigado o enjuiciado y, en este sentido, se pronuncia el voto particular de Antonio del Moral a la STS 834/2016. Sin embargo, *obiter dictum*, admite hipotéticamente que hubiera subsanado la eventual nulidad por falta de asistencia letrada la nueva toma de muestras en el proceso en que recayó sentencia la STS 120/2018, de 16 de marzo.

¹² SS.TS 734/2014, de 11 de noviembre y 834/2016. Discrepan de este criterio tanto el voto particular de Antonio del Moral a la STS 834/2016, como el voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 734/2014.

¹³ Ni la ley ni la jurisprudencia exigen esta asistencia para el investigado o encausado no detenido, aunque el contexto habitual, antes o después de la toma de declaración, implicará la asistencia letrada. La STS 465/2017 expresamente rechazó la nulidad de la prueba de ADN, por falta de asistencia letrada, en razón a que el encausado no se encontraba detenido y la toma de la muestra se realizó con consentimiento informado. En el mismo sentido, la STS 120/2018, de 16 de marzo, al estimar no acreditado que el afectado estuviera detenido en el momento de la toma de muestras, rechaza la nulidad de la prueba.

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». Para la ponderación de la decisión judicial, debe tenerse en cuenta que la toma de muestras puede obedecer a las necesidades de la concreta investigación, pero también puede deberse exclusivamente a los fines de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, es decir, para inscribir el perfil genético del sospechoso en razón de su participación en un delito grave. En este caso, la resolución judicial que supla el consentimiento requerirá una motivación reforzada que tenga en consideración la gravedad de los hechos o el riesgo de reiteración delictiva, ya que su finalidad no es obtener un indicio del hecho investigado, sino que el perfil genético del sospechoso se incorpore a la base de datos y sirva para la prevención o resolución de otros hechos criminales.

En relación con el investigado mayor de edad que presente alguna discapacidad intelectual (DI), se debe presumir su capacidad para consentir y, al igual que en el caso de la víctima con DI, se le deberá informar de los derechos que le asisten de forma adaptada a su DI, asegurándose de que comprende el alcance y significado de los derechos que le asisten. En caso de duda, el Ministerio Fiscal deberá velar por los derechos de estas personas.

Si se tratara de investigado mayor de edad con capacidad modificada judicialmente, la información de derechos que le asisten se comunicará a quien ejerza la tutela o la guarda de hecho, dando igualmente cuenta al Ministerio Fiscal, de conformidad con el párrafo tercero del apartado 4.º del art. 520 de la LECrim. Deberá informarse también a la persona con DI, en un lenguaje comprensible y que resulte accesible a su discapacidad, el alcance de sus derechos y, en concreto, de los actos que se van a realizar para la toma de muestras, de conformidad con el apartado 2 bis del art. 520 de la LECrim. Se recabará el consentimiento informado de quien ejerza la tutela o tenga la patria potestad rehabilitada o prorrogada, para la toma de muestra biológica.

En relación con el investigado menor de edad¹⁴, la toma de muestras biológicas para análisis de ADN requerirá siempre atender al principio del interés superior del menor,

¹⁴ Para la interpretación de la normativa aplicable en materia de ADN en el ámbito de la Jurisdicción de Menores se han tenido en cuenta a lo largo de la presente guía, los siguientes documentos:

- Informe de fecha 20 de septiembre de 2010, suscrito por la fiscal de sala coordinadora de menores dirigido a la CNUFADN, sobre determinados extremos de la investigación de ADN en el marco del proceso penal de menores del fiscal de sala coordinador de menores.
- Informe de fecha 5 de marzo de 2015, suscrito por el fiscal adscrito en funciones al fiscal de sala coordinador de menores de la Fiscalía General del Estado, sobre la conservación y uso policial de perfiles de ADN de menores una vez que alcanzan la mayoría de edad y la necesidad, en su caso, de reformas legislativas en esta materia.
- Instrucción nº 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el

que exigirá en todo caso practicar dicha diligencia cuando sea imprescindible para la investigación del delito, atendiendo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, como exige el art. 363 de la LECrim., y siempre que se trate de alguno de los delitos del apartado 1 del art. 3 de la LO 10/2007.

No obstante, si el sospechoso resultare ser menor de 14 años, de conformidad con el art. 1.1.1 LORPM, estará exento de responsabilidad criminal y al ser inimputable con carácter general no procederá la toma de muestra biológica, quedando sujeto al régimen de medidas de protección previsto en el Código Civil, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) y demás disposiciones vigentes, conforme a la remisión legal que fija el art. 3 de la LORPM. El caso excepcional de recogida de muestras de ADN solo es admisible a fines puramente identificativos y con el objeto exclusivo de poder adoptar las medidas de protección que fueran necesarias al caso.

Será preceptiva la asistencia letrada al detenido menor de edad y mayor de 14 años, conforme al art 17 LORPM., incluyendo el momento de prestar el consentimiento informado a la toma de muestra biológica, por la remisión operada por dicho precepto al art. 520 de la LECrim.

Cuando concurren las circunstancias y exigencias antes referidas, podemos encontrarnos ante los siguientes supuestos:

- a) El menor prestará su consentimiento informado (derecho personalísimo) por sí mismo, que será plenamente válido y eficaz con carácter general, sin necesidad de la presencia o aquiescencia de sus padres o representantes legales.
- b) Si el menor, a juicio de los profesionales intervinientes, carece de madurez suficiente como para comprender el alcance y las consecuencias de la toma de muestras de ADN, será preciso recabar el consentimiento informado de sus representantes legales, esto es, quienes ostenten su patria potestad o, a falta de estos, sus tutores. Y ello no será óbice para que también el menor conjuntamente ejercite su derecho a ser oído y escuchado sobre su parecer en la toma de muestra biológica, aunque carezca de madurez suficiente, de conformidad con los arts. 2.5 y 9 de la LOPJM.
- c) Y en el caso de negarse a prestar el consentimiento informado bien el menor con madurez suficiente, bien en su caso los representantes legales, el juez de menores podrá acordarla mediante auto motivado, previa solicitud del fiscal instructor del expediente de reforma incoado, de conformidad con el art. 23.3 de la LORPM.

«Protocolo de actuación policial con menores» que deroga la Instrucción de la Secretaría de Estado n.º 11/2007.

c) Condenados

El Código Penal contempla que pueda acordarse la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN como consecuencia accesoria de la sentencia condenatoria por determinados delitos.

Así lo dispone su artículo 129 bis¹⁵ al establecer que: «Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo»¹⁶.

Y prevé el precepto que: «Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

3. Ejecución coactiva o forzosa de la toma de muestras

En caso de negativa del investigado a colaborar en la toma de muestras, el juez o tribunal podrá autorizar la práctica de actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, incluso la ejecución forzosa de la medida¹⁷. El art. 520 de la LECrim., en relación con el detenido, se refiere a la negativa al frotis bucal, previsión legal extrapolable al supuesto de encausado no detenido.

La autorización judicial en fase de instrucción es posible tanto para la obtención de una muestra para investigar el concreto delito objeto de la causa, es decir, para comparar el perfil del sospechoso con un vestigio que pudiera ligarlo al delito, como para la inclusión del perfil genético en la base de datos de ADN, conforme a las previsiones de la Ley

¹⁵ Introducido por la LO 1/2015 con la finalidad de incorporar las previsiones del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶ Paradójicamente, el Código Penal exige mayores requisitos para ingresar en la base de datos de ADN el perfil genético de un condenado en firme que los que establece la LO 10/2007 para introducir el perfil genético del mero sospechoso o investigado ya que, además de un catálogo más restrictivo de delitos, se exige al juez o tribunal que valore la existencia de un peligro relevante de reiteración. Una limitación adicional puede venir derivada de las exigencias del principio acusatorio en caso de que los escritos de acusación no incorporen esta petición.

¹⁷ Arts. 363, párrafo segundo, art. 520.6.—c), párrafo segundo, LECrim; art. 129 bis CP.

Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Dado que en estos casos se exige una ponderación judicial, en el segundo supuesto el nivel de exigencia de la resolución habilitante será mayor y se deberá valorar especialmente la gravedad del hecho delictivo supuestamente cometido por el investigado. La jurisprudencia entiende que esta resolución habilitante, con fundamento en el art. 363 de la LECrim., no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometidos 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 Ley Orgánica del Poder Judicial colme la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados¹⁸.

No obstante, la lectura del renovado art. 520. 6.º de la LECrim. permite afirmar que el legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad, amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis del Código Penal¹⁹.

En el supuesto de los condenados, la ejecución forzosa en caso de oposición no requiere una especial motivación, dado que es consecuencia del cumplimiento de una sentencia firme.

En todos los casos, las medidas deben ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad. La ejecución de la medida corresponderá, normalmente, a la Policía Judicial solicitante o al médico forense, cuando haya sido instada por el Ministerio Fiscal o se derive de la ejecución de una condena.

C. Estándares científicos para la toma de muestras

Documentación de la toma de muestras

La Comisión Nacional del Uso Forense del ADN recomienda ajustarse a los estándares científicos de la toma de muestras (tanto de muestras de referencia indubitadas, como de vestigios biológicos y restos cadavéricos dubitados) para garantizar:

- (1) las medidas de protección y preservación de las muestras,
- (2) el procedimiento para la identificación de las mismas y
- (3) el mantenimiento de la cadena de custodia, que aseguren la integridad y autenticidad de estas.

¹⁸ SS.TS 685/2010, de 7 de julio, 827/2011, de 25 de octubre, 709/2013, de 10 de octubre, 948/2013, de 10 de diciembre.

¹⁹ STS 11/2017, de 19 de enero y 120/2018, de 16 de marzo.

Desde el punto de vista normativo, debe tenerse en cuenta:

- Real Decreto 32/2009, 6 de febrero de 2009, por el que se aprueba el protocolo nacional de actuación médico forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples (BOE 06/02/2009).
- Normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo (BOE 19/05/2010).
- Las recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de identificación genética, elaboradas por el Grupo Español y Portugués de la ISFG (GEP-ISFG) en Madeira 02 de junio de 2002²⁰.

En personas vivas, la obtención de *células epiteliales de la mucosa bucal* mediante hisopo es una muestra de referencia adecuada para la extracción del ADN, poco invasiva y fácil de conservar, cuyo uso se ha generalizado hoy en día, existiendo numerosos tipos de hisopos y de *kits* estandarizados para este tipo de tomas biológicas. La toma de muestras debe de realizarse asegurando la preservación, conservación e integridad de la muestra.

Procedimiento para documentar la toma de muestras

Es altamente recomendable que la toma de muestras se documente en un formulario donde consten al menos los datos de identificación de la persona, identificación y tipo de muestra y la cadena de custodia²¹.

La cadena de custodia constituye una garantía procesal que deberá certificar que la muestra biológica que ha sido recogida en el lugar del hecho investigado o bien la muestra biológica tomada al presunto responsable penal es la misma que ha sido analizada y valorada por el perito en la elaboración del informe pericial de ADN, lo que requiere que haya sido tratada conforme a un procedimiento debidamente documentado, evitando así que vicie de nulidad la prueba pericial que será ratificada por el perito en el acto del juicio oral, adquiriendo valor de prueba.

Garantizar su integridad es la exigencia primordial de la cadena de custodia como establece expresamente el art. 338 de la LECrim:

«Sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II bis del presente título, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito».

²⁰ https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428320425?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=aattachment%3B+filename%3DRecomendaciones_para_la_recogida_y_envio_de_muestras_con_fines_de_identificacion_genetica._Grupo_Es.PDF&blobheadervalue2=INTCF

²¹ Recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de identificación genética del Grupo Español y Portugués de la ISFG (GEP-ISFG) en Madeira, 2 de junio de 2002.

A continuación, se indican algunos formularios específicos de toma de muestras de personas vivas con consentimiento informado, que varían en función de su condición en el proceso penal (investigado, detenido, víctima):

a) Formulario de investigados o detenidos

En el caso de detenidos e investigados por delitos graves y de acuerdo a las recomendaciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, el formulario en estos casos debe recoger al menos los siguientes aspectos: (1) la naturaleza de los perfiles de ADN, (2) el uso y la cesión de los perfiles de ADN, (3) los laboratorios capacitados para realizar los análisis, (4) la conservación de las muestras y (5) los derechos de cancelación, rectificación y acceso a los datos.

La asistencia letrada es obligatoria para los detenidos en el momento del consentimiento informado, conforme al ya mencionado art. 520.6 de la LECrim, atendiendo a los criterios marcados por la sentencia del Tribunal Supremo 827/2011²².

b) Formulario de víctimas²³

c) Formulario de familiares en sucesos con víctimas múltiples

Para posibilitar la identificación genética de víctimas en una catástrofe es fundamental la recogida de muestras de referencia de los familiares de las personas fallecidas. Para ello es necesario conocer qué familiares hay disponibles y cuáles de ellos son los más adecuados para el análisis. En el apartado 2.4 del Anexo-VII, del Real Decreto 32/2009, de 6 de febrero de 2009, se especifica el orden de prioridad de adecuación de los familiares²⁴.

d) Formulario de sustracción de recién nacidos²⁵

D. Prueba penal transfronteriza: la obtención de muestra de ADN en otro Estado

1. En el ámbito de la Unión Europea, resulta de aplicación la Orden Europea de Investigación: regulada en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia

²² El pleno de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN aprobó en 2011 un formulario de «Toma de muestras de detenidos o investigados en asunto criminal», modificado en su pleno de 24 de octubre de 2019. Se recoge en el Anexo I.A. En este último pleno, también se aprobó un modelo para su uso por los Institutos de Medicina Legal (Anexo I.B).

²³ El pleno de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN aprobó el 24 de octubre de 2019 dos formularios de «Toma de muestras de víctimas en asunto criminal», el primero para su uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Anexo I.C) y el segundo para su uso en los institutos de Medicina Legal (Anexo I.D).

²⁴ El formulario para la toma de muestras de referencia de ADN de familiares, publicado en el Real Decreto 32/2009, de 6 de febrero de 2009, se recoge en el Anexo I.E.

²⁵ El formulario de solicitud específico de «Toma de muestras biológicas para la obtención de perfiles genéticos por el INTCF y su registro en el fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos» está publicado en la Orden JUS/2146/2012 y se recoge en el Anexo I.F.

penal e implementada en España en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en su título X²⁶.

También es interesante conocer lo que establece el artículo 7 de la Decisión 615/2008/JAI, sobre obtención de material genético y transmisión de perfiles de ADN²⁷:

«Si en el curso de una investigación o proceso penal no se dispone del perfil de ADN de una persona determinada que se encuentre en el territorio de un Estado miembro requerido, este último deberá prestar asistencia judicial mediante la obtención y el análisis de material genético de dicha persona y la transmisión del perfil de ADN resultante, siempre que:

a) el Estado miembro requirente comunique el fin para el que se requiere;

b) el Estado miembro requirente presente una orden o declaración de investigación de la autoridad competente, exigible con arreglo a su Derecho interno, de la que se desprenda que se cumplirían los requisitos para la obtención y análisis de material genético si esa persona concreta se encontrara en el territorio del Estado miembro requirente, y

c) se cumplan los requisitos para la obtención y análisis de material genético y para la transmisión del perfil de ADN obtenido con arreglo al Derecho del Estado miembro requerido».

2. Fuera de la Unión Europea, es imprescindible que el juez de instrucción emita la correspondiente comisión rogatoria internacional basada en un convenio de asistencia judicial en materia penal bilateral o multilateral que permita practicar esta diligencia de investigación.

²⁶ Modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio.

²⁷ Hasta el momento no se tiene conocimiento de que ningún país Prüm haya hecho uso de la solicitud del artículo 7 de la Decisión 615/2008/JAI.

IV. ANÁLISIS DE ADN

A. Laboratorios acreditados para el análisis de ADN para su inscripción en la base de datos policial

Las muestras o vestigios que deban ser objeto de análisis biológico en el ámbito de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, deben remitirse a laboratorios acreditados, por así exigirlo el art. 5 de dicha ley. Solo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.

El artículo 3 del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, dispone que: «No se acreditarán laboratorios que no cuenten previamente con la certificación de calidad otorgada por la entidad de acreditación correspondiente». A tal fin, la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN establecerá, de acuerdo con los criterios que se propongan por la comisión técnica permanente, los estándares científicos, los sistemas de acreditación y los controles oficiales de calidad a los que deberán someterse los laboratorios que realicen análisis de ADN, en atención a las especialidades que efectivamente vayan a realizar, y aporten perfiles genéticos a la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Una de las primeras tareas de la comisión fue precisamente la aprobación del acuerdo sobre acreditación y control de calidad de los laboratorios por el que se regula el procedimiento de evaluación de los laboratorios de análisis de ADN. Dicho acuerdo establece dos medidas fundamentales para garantizar la fiabilidad y la calidad de los análisis de ADN realizados por los laboratorios que aportan perfiles a la base de datos nacional de ADN.

— Por un lado, el deber por parte de los laboratorios de superar al menos un *control de calidad externo anual* de entre los reconocidos por la Sociedad Internacional de Genética Forense (ejercicio GHEP-ISFG) o por la Red Europea de Institutos de Ciencias Forenses (ejercicio GEDNAP).

— Por otro lado, la obligación de los laboratorios a someterse a un proceso de *evaluación de su competencia técnica* por parte de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para alcanzar y renovar periódicamente la acreditación bajo la Norma EN ISO/IEC 17025 referente a requisitos generales relativos a la competencia técnica de los laboratorios de ensayo y calibración.

B. Marcadores de ADN de uso forense y sus aplicaciones forenses

Los marcadores de ADN empleados por un gran número de laboratorios españoles son los siguientes:

a) Marcadores STR autosómicos («*Short Tandem Repeats*») con herencia mendeliana simple (heredados al 50 % de madre y padre)

Son regiones cortas de ADN situadas fuera de las regiones codificantes de los genes («no-codificantes») que presentan una gran variabilidad de tamaño entre los distintos individuos. El estudio simultáneo de varios STR ofrece un poder de discriminación individual muy alto. El análisis de perfiles STR es el método más utilizado en la investigación criminal a nivel mundial, ya que permite establecer con gran fiabilidad la identidad de los vestigios biológicos de la escena mediante comparación de su perfil STR con el obtenido de una muestra indubitada de un investigado o con una base de datos de perfiles de ADN de investigados por delitos graves. En la actualidad ya existen más de 100 millones de perfiles STR repartidos en diferentes bases de datos de ADN nacionales de investigación criminal y cada día es mayor el intercambio de perfiles entre las distintas bases de datos de ADN a nivel mundial, gracias a los diferentes acuerdos suscritos (PRÜM, Interpol) y legislación nacional.

La resolución de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C 296/01), del Consejo de Europa, estableció un nuevo conjunto de 12 marcadores STR (D1S1656, D2S441, D3S1358, FGA, D8S1179, D10S1248, TH01, vWA, D12S391, D18S51, D21S11 y D22S1045) para el intercambio de datos de ADN entre las distintas bases de datos nacionales de ADN de los Estados miembros de la Unión Europea.

El pleno de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN de fecha 29/11/2011, a propuesta de la comisión técnica permanente, acordó hacer efectiva la implementación del nuevo conjunto de 12 marcadores STR europeos en la base de datos policial española sobre identificadores obtenidos a partir del ADN con fecha límite de 2012.

En la actualidad, todas las instituciones que registran perfiles en la base de datos de ADN cumplen con este estándar de 12 regiones STR y en la mayoría de las instituciones se analizan hasta 21 marcadores STR de forma simultánea en cada una de las muestras.

b) Marcadores STR del cromosoma Y

A diferencia de los STR autosómicos, son marcadores de ADN específicos del varón que se heredan solo por vía paterna. Son también regiones cortas de ADN repetitivo con gran variabilidad de tamaño entre los individuos de la población. En el ámbito de la investigación criminal, resultan de especial utilidad en casos de agresión sexual y homicidios realizados por varones, en los que el ADN masculino esté mezclado de forma minoritaria con el ADN femenino (víctima), ya que la aplicación de marcadores STR-Y permite detectar específicamente el ADN del varón sin interferencias con el ADN femenino.

El cromosoma Y solo se transmite de padres a hijos, por lo que todos los parientes varones del lado paterno de la familia suelen compartir el mismo cromosoma Y. Además, todos los STRs de cromosoma Y aplicados en genética forense se transmiten en bloque (sin recombinación) formando un perfil genético (haplotipo). Por todo lo anterior, la variabilidad genética de los marcadores STR-Y es menor que la de los STR autosómicos, y, por tanto, su poder de discriminación es también algo menor. No olvidemos que el análisis genético del cromosoma Y nos permite diferenciar linajes, pero no individuos.

Los STR-Y, por su forma de herencia patrilineal, son también marcadores de ADN recomendados para estudios de parentesco entre varones en la identificación de personas desaparecidas y restos humanos en muy diversas situaciones (sucesos con víctimas múltiples, sustracción de recién nacidos...).

c) Regiones hipervariables del ADN mitocondrial

Además del ADN nuclear, las células humanas contienen un pequeño ADN (genoma) circular en un gran número de copias que se encuentra dentro de las mitocondrias y que se hereda exclusivamente por la vía materna: el ADN mitocondrial.

Existen tres regiones dentro de la región de control del ADN mitocondrial humano denominadas hipervariables (HVR1, HVR2 y HVR3) que acumulan una gran parte de la variabilidad del genoma mitocondrial y en cuyo estudio se centran la mayoría de los análisis forenses cuando es necesario recurrir al estudio de este tipo de ADN.

El análisis de ADN mitocondrial, más sensible que el análisis de ADN nuclear, es de aplicación en muchos casos en los que no es posible la obtención de ADN nuclear como son la identificación mediante ADN de fragmentos de pelos o la identificación genética de restos humanos antiguos o sometidos a procesos de degradación del ADN nuclear.

La variabilidad genética del ADN mitocondrial es menor que la observada mediante el análisis de las regiones STR del ADN nuclear. Como consecuencia de su menor variabilidad, el perfil genético (haplotipo) que se obtiene mediante el estudio del ADN mitocondrial presenta un poder de discriminación en general mucho más limitado. Como el ADN mitocondrial se hereda de madres a hijos, todos los miembros de una familia que compartan la línea materna tendrán el mismo ADN mitocondrial. Es decir, que este tipo de ADN permite identificar linajes maternos, pero no individuos.

El análisis de las regiones hipervariables del ADN mitocondrial, por su forma de herencia matrilineal, es recomendado también para estudios de parentesco entre familiares de la línea materna en la identificación de personas desaparecidas y restos humanos en muy diversas situaciones (sucesos con víctimas múltiples, sustracción de recién nacidos...).

C. Conservación, postcustodia y destrucción de las muestras de ADN

La conservación de la muestra o vestigio de la que se ha extraído el material biológico para la obtención de ADN está sujeta a decisión judicial, dado que así expresamente lo contempla el art. 5.1 de la LO 10/2007²⁸.

De conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, corresponde a la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN la elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis, así como la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de estos, de conformidad con lo establecido en las leyes.

En la práctica con cierta frecuencia se constata que los órganos judiciales no se pronuncian sobre la conservación de la muestra. Este silencio o esta ausencia de instrucciones sobre los plazos de conservación o las condiciones de estas generan importantes problemas, como la saturación de la capacidad de almacenamiento y deficiente conservación de los laboratorios o dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses o de los institutos de Medicina Legal.

Las muestras de ADN que ya han sido objeto de análisis, durante su conservación no perderán la eficacia ni viabilidad por el mero transcurso del tiempo, siempre y cuando su conservación se haya realizado en condiciones de seguridad que garanticen el cumplimiento de la cadena de custodia excluyendo cualquier tipo de contaminación, bien con otras muestras, bien con otros agentes externos.

Corresponde a la autoridad judicial acordar la destrucción de las muestras y/o vestigios biológicos. Es recomendable una comunicación directa entre la autoridad judicial y los laboratorios de análisis, especialmente en aquellos casos de prescripción de los hechos o sobreseimiento libre de estos, tanto para las muestras indubitadas como dubitadas.

²⁸ Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

V. FICHEROS Y BASES DE DATOS DE IDENTIFICADORES DE ADN

A. Bases de datos de ADN para uso forense existentes y su interoperabilidad

Podemos distinguir entre las distintas bases de datos con información genética hoy día existentes para su uso forense:

1) *Base de datos de ADN para la investigación criminal y de identificación de desaparecidos (CODIS: Combined DNA Index System del Federal Bureau of Investigation, EE.UU.).*

La LO 10/2007, como reza su exposición de motivos, tuvo como objetivo fundamental la creación de una base de datos para almacenar los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas.

Esta base de datos depende del Ministerio del Interior, concretamente de la Secretaría de Estado de Seguridad (art. 2 LO 10/2007)²⁹.

Está compuesta por dos ficheros³⁰:

Fichero INT-SAIP:

Su finalidad es cooperar con la Administración de Justicia mediante la identificación genética de vestigios biológicos y la identificación de muestras de origen conocido, en investigaciones realizadas por el Ministerio del Interior. (Base de datos de interés criminal).

Fichero INT-FÉNIX:

Identificación genética de personas desaparecidas y cadáveres sin identificar, con la finalidad científica, de interés público, social y judicial, en investigaciones del Ministerio del Interior. (Base de datos de interés social).

Los perfiles de ADN (asociados a un código identificador anónimo y a un código de laboratorio) son estructurados en distintos índices de búsqueda y comparados de forma sistemática en el servidor nacional. Para su comparación sistemática la base de datos de ADN con fines de investigación criminal y de identificación de desaparecidos utiliza el Sistema CODIS (CODIS: Combined DNA Index System del Federal Bureau of Investigation, EE.UU.).

La base de datos está estructurada en una jerarquía CODIS formando parte de ella, la red de servidores locales (LDIS, —nodos locales—) gestionados por tres instituciones estatales (Comisaría General de Policía Científica, Servicio de Criminalística de la

²⁹ En 2019 se ha publicado por vez primera la *Memoria de base de datos policial de identificadores obtenidos a partir de ADN*, que puede consultarse en la página web del Ministerio del Interior. MEMORIA BASE DE DATOS POLICIAL DE IDENTIFICADORES DE ADN.

³⁰ Creados por la Orden INT/177/2008, de 23 de enero, BOE nº 30, de 4 de febrero.

Guardia Civil e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses) y tres autonómicas (La Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza, la División de Policía Científica de Mossos de Esquadra y la División de Policía Científica de la Policía Foral Navarra) conectados los laboratorios policiales a través de la red segura POLICIAL y el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses mediante la red SARA —red segura de comunicaciones— al servidor estatal (SDIS, —nodo nacional—) que es gestionado por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior y se alimentará con la información suministrada por las instituciones y laboratorios participantes (nodos locales), siendo el único punto nacional donde se ubicará el total de los perfiles genéticos de identificadores obtenidos a partir del ADN.

Los nodos locales de CODIS, disponen todos ellos de su propia base de datos local, en la que realizan sus búsquedas de perfiles intra-laboratorio; perfiles que luego son «subidos al nivel superior» o nodo nacional de CODIS para su búsqueda inter-laboratorios. De las coincidencias encontradas en el nodo nacional, CODIS automáticamente las envía a los nodos locales involucrados, que son los responsables de su validación.

Es responsabilidad del nodo nacional de CODIS, el intercambio internacional de perfiles genéticos en el ámbito Prüm (UE). Las coincidencias encontradas en este intercambio internacional, igualmente son enviadas desde CODIS a los nodos locales involucrados.

Desde el año 2004 y con motivo de la constitución de la jerarquía CODIS por la interconexión por primera vez de las bases de datos de ADN de Policía Nacional y de la Guardia Civil se establece la base de datos nacional en Secretaría de Estado de Seguridad servidor estatal (SDIS, —nodo nacional—) y se constituye COMSIGENI: Comité de Regulación y Coordinación del Sistema de Gestión Nacional de Identificadores Obtenidos a partir del ADN.

Este comité está integrado por su presidente (subdirector general de Sistemas de Información y Comunicaciones para la Seguridad de la SES), vocales institucionales (un representante por cada institución que disponga de sistema LDIS) y secretario (un funcionario de la Subdirección General de Sistemas de Información y Comunicaciones para la Seguridad de la SES).

Las funciones principales que debe atender el Comité son: el asesoramiento a la presidencia en todas las cuestiones relacionadas con los identificadores obtenidos a partir del ADN de las que tenga conocimiento, la redacción, aprobación y, en su caso, la modificación del *Documento marco* y el *Manual técnico de procedimiento*, la elaboración y aprobación de las normas de coordinación entre los LDIS que participan en el sistema, así como la decisión sobre la ampliación del sistema con posibles nuevos LDIS institucionales que reúnan las condiciones exigibles.

2) En el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) —dependiente del Ministerio de Justicia— existe, además, la siguiente base de datos³¹:

Fichero de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos:

Su finalidad es identificar posibles relaciones de parentesco genético entre personas afectadas por la posible sustracción de recién nacidos, que consienten expresamente en que sus datos genéticos accedan a esta base para buscar coincidencias con otros inscritos.

B. Incorporación del resultado del análisis a la base de datos

Solo accederán a la base aquellos datos que proporcionen información genética que revele la identidad de la persona y su sexo (art. 4 LO 10/2007).

Hoy día la ciencia permite que a través del análisis del ADN se obtenga información relativa a color de pelo, color de piel, color de ojos, tipo y/o forma de cabello de la cabeza, morfología facial, la altura, etc. Sin embargo, estos indicadores no podrán ser objeto de inscripción en la base de datos.

Especialmente importante es detallar qué requisitos son necesarios para que los indicadores de ADN puedan ser objeto de inscripción³².

En este sentido, de conformidad con el art. 3 LO 10/2007, los datos identificativos extraídos podrán ser inscritos en la base de datos policial de identificadores:

1. Sin necesidad de contar con el consentimiento del afectado si se trata de delitos graves y, en todo caso, si se trata de delitos 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 delincuencia organizada. Deberá ser informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en esta base y debe quedar constancia de ello en el procedimiento.
2. Cuando se trate de patrones obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.
3. Con el consentimiento expreso del afectado en los demás casos.

C. Utilización de los datos objeto de inscripción

Los identificadores obtenidos a partir del ADN podrán ser utilizados por las unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto de la Policía Nacional y Guardia Civil como de los cuerpos autonómicos (Ertzaintza, Mossos D'Esquadra y Policía Foral Navarra), Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias

³¹ Orden JUS/2146/2012, de 1 de octubre.

³² Además; los datos identificativos (perfiles genéticos) a inscribir en la Base de Datos, habrán de reunir las condiciones técnicas que se citan en el *Manual técnico de procedimiento* de COMSIGENI

Forenses, así como por las autoridades judiciales y fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado primero del art. 3 de la LO 10/2007.

Cuando el tratamiento se realice para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, los datos incluidos en la base de datos objeto de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, solo podrán ser utilizados en la investigación para la que fueron obtenidos (art. 7.3 LO/2007).

En el ámbito de la Jurisdicción de Menores, el art. 2.8 del 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, referido a los registros policiales donde consten la identidad y otros datos que afecten a la intimidad, dispone que: «Los registros de menores a que se refiere este artículo no podrán ser utilizados en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicada la misma persona».

Este precepto motivó dudas sobre la posibilidad de utilizar los identificadores de ADN obtenidos durante la minoría de edad al alcanzarse la mayoría de edad, siendo una primera aproximación la de dar una respuesta negativa, dado su tenor literal.

Sin embargo, dado que ni la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, ni el Real Decreto 95/2009 de regulación del sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia prevén la cancelación de estos datos o la destrucción de los archivos con la mayoría de edad³³, la Fiscalía General del Estado, en su informe de 5 de marzo de 2015, sobre la conservación y uso policial de perfiles de ADN de menores ha sostenido que es posible su acceso a efectos de investigación.

Como expresamente indica el referido informe de la FGE: «No deja de ser una *contradictio in terminis* que no se prohíba el almacenamiento de tales datos, rebasada la mayoría de edad, para luego no permitir su uso sin posible excepción».

A este respecto, también se pronunció el Tribunal Supremo afirmando que el art. 2.8 del RD 1774/2004, es un caso de «sobrepotección reglamentaria»³⁴ de un derecho fundamental, sin correspondencia en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, consecuencia de una mera transcripción literal y sin matiz alguno de ciertas normas internacionales que pretenden blindar la vida pasada del infractor cuando accede a la mayoría de edad.

Por todo ello, sostiene la Fiscalía General del Estado que ese exceso reglamentario en la regulación habilita, mediante una interpretación integradora del art. 2.8 en relación a la Constitución, legislación específica (LO 10/2007 y LORPM) y el art. 2.3 del mismo

³³ Su artículo 24 dispone un plazo de cancelación las inscripciones de sentencias sobre menores de diez años desde que alcancen la mayoría de edad, siempre que las medidas se hayan cumplido o hayan prescrito.

³⁴ STS, Sala 2.ª nº 249/2014, de 14 de marzo.

Reglamento admitir, por excepción, que se autorice judicialmente el uso de esos datos, siempre que:

A. Se ciña a los límites legales establecidos en la LO 10/2007, excluyendo los datos que deban reputarse cancelados.

B. Se persiga un fin constitucionalmente legítimo, como lo es el de la investigación de futuros delitos.

C. Que tal medida, en cada caso, sea proporcional a la gravedad del delito cuyo esclarecimiento se pretende, haciendo una ponderación particularizada de los intereses en conflicto.

En conclusión, a la vista de la normativa legal vigente, cualquier acceso a los datos sobre identificadores de ADN de menores que han alcanzado la mayoría de edad requerirá una autorización judicial que pondere los intereses en conflicto, no procediendo en ningún caso cuando los datos debieran reputarse cancelados.

D. Cancelación de los datos. Normativa de protección de datos

Hasta mayo de 2018, la normativa de protección de datos aplicable viene constituida por la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos personales. El artículo 8 de la LO 10/2007 en relación con el nivel de seguridad señala que todos los ficheros que integran la base de datos están sometidos al nivel de seguridad alto, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Desde el 25 de mayo de 2018, es aplicable el Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), si bien dicho reglamento no es aplicable a las infracciones penales. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales relativa a la protección de las personas físicas ha desarrollado este reglamento y derogado la LO 3/1999, de 13 de diciembre, excepto para los tratamientos sometidos a la Directiva UE 2016/680, en particular el art. 22 y sus disposiciones de desarrollo, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al Derecho Español lo dispuesto en la citada directiva³⁵.

La directiva UE 2016/680 es aplicable en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Dicha directiva debía haber sido objeto de trasposición en mayo de 2018, estando actualmente en trámites prelegislativos.

³⁵ Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Si el criterio de la gravedad es determinante para la inclusión de los identificadores de ADN en una base de datos, el respeto al derecho a la vida privada exige establecer unos límites a la conservación de tales datos³⁶.

El artículo 9, de la LO 10/2007, fija unos períodos de cancelación cuya duración dependerá:

1. del tipo del delito y
2. de la resolución judicial con que finalice el procedimiento penal.

De este modo, la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta ley no superará:

- a) En caso de tratarse de propietario desconocido y sospechoso no imputado: el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.
- b) En caso de tratarse de propietario conocido con sentencia condenatoria firme o sentencia absolutoria por falta de imputabilidad o culpabilidad: el tiempo señalado en la ley para la cancelación de los antecedentes penales (salvo resolución judicial en contrario).

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

Por último, respecto de los datos pertenecientes a personas fallecidas obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas, los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

El art. 9 se remite a la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN.

En cualquier caso, respecto de los perfiles de ADN inscritos en procedimientos judicializados, la cancelación depende del curso que haya seguido el procedimiento, ya que los plazos dependen del modo de finalización del proceso y del sentido de la resolución definitiva. Por ello es de gran importancia que, cuando consten en el

³⁶ La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), en el caso S. y Marper contra Reino Unido, de 4 diciembre 2008, consideró que la legislación de Inglaterra y Gales que permitía conservar los datos de ADN de manera indefinida y sin consideración a la gravedad del delito constituía una lesión desproporcionada al derecho a la vida privada de los demandantes. Afirma dicha sentencia que: «La conservación de muestras celulares es particularmente intrusiva, teniendo en cuenta la profusión de información genética y sobre la salud que contienen».

procedimiento informes de ADN, los jueces y tribunales comuniquen a los nodos locales y/o nodo nacional, aquellas resoluciones adoptadas sobre la permanencia de los perfiles genéticos en la base de datos, especialmente en los casos de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria en que procede la inmediata cancelación del perfil genético, pero también en los casos de condena, en que la permanencia del perfil en la base de datos depende de los parámetros fijados en el art. 9. Hoy, ante la ausencia de un procedimiento reglado de cancelación, la casi totalidad de cancelaciones son a instancia de parte pese a que en el proceso penal el impulso de ser como regla general, de oficio³⁷.

En el ámbito de la Jurisdicción de Menores, se estará a los plazos de prescripción que establece el art. 15 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores para los delitos y medidas que, con carácter general, son más cortos que los establecidos en el Código Penal de adultos³⁸.

No obstante, dado que el régimen que sigue la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y el Código Penal de adultos choca con el espíritu de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que orienta el actual sistema de responsabilidad penal del menor a la prevención especial, no generando antecedentes penales una vez alcanzada la mayoría de edad en esta jurisdicción sino expediente personal administrativo, la doctrina dominante entiende que la cancelación de la inscripción del perfil genético de ADN de los menores mayores de 14 años se producirá, además de por las causas generales de sobreseimiento del expediente o sentencia absolutoria, por el cumplimiento de la medida impuesta, sin tener en cuenta los plazos de cancelación de antecedentes penales. Por ello, una vez cumplida la medida se procederá a su cancelación.

Ello resulta coherente, para el caso de sentencia condenatoria firme, con la doctrina sentada por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre

³⁷ La falta de cancelación no solo puede provocar a largo plazo complicaciones operativas en la gestión de la base, sino problemas de licitud de prueba en caso de coincidencia de muestras dubitadas con perfiles que debieron ser cancelados de oficio por aplicación del art. 9 de la LO 10/2007.

³⁸ La Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN abordó el problema de la cancelación de los perfiles de menores de edad en el año 2014. Inicialmente, el Grupo Jurídico Bioético sugirió que debían cancelarse los perfiles con la mayoría de edad. Sin embargo, el pleno de la comisión no aceptó este criterio y, ante la normativa legal que se ha expuesto en el apartado anterior, los representantes policiales manifestaron que procederían al mantenimiento de los perfiles de ADN de menores de edad aunque se constatará su mayoría de edad, si bien notificarán al juez las posibles coincidencias entre vestigios y perfiles procedentes de menores, para que resuelva la autoridad judicial; y en caso en que se proceda a su detención una vez sea mayor de edad, se obtendrá de nuevo su perfil genético para sustituir el que conste en la base de datos como de menor de edad. Ello sin perjuicio de la cancelación que proceda con arreglo a la LO 10/2007. La Instrucción 1/2019 de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia ha indicado al INTCF que debe mantener los perfiles genéticos obtenidos durante la minoría de edad una vez alcanzada la mayoría, sin perjuicio de la cancelación que proceda con arreglo a la ley 10/2007 y reales decretos 95/2009 y 1115/2015.

relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que disponía que, en este tema, «se impone 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, se impone 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».

Por lo tanto, regirá para la cancelación de los indicadores de ADN de los menores de edad el régimen previsto para la cancelación de las medidas, es decir, una vez cumplidas o prescritas debe cancelarse la inscripción de la base de datos.

E. Cesión e intercambio internacional entre bases nacionales de datos de ADN

De conformidad con el artículo 7.3 de la LO 10/2007, los identificadores obtenidos a partir del ADN podrán cederse conforme a las siguientes reglas:

- a) A las autoridades judiciales, fiscales o policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes.
- b) 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.

La normativa que resulta de aplicación es el instrumento de ratificación de España del convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, entre siete estados de la Unión Europea.

El Tratado de Prüm establece un marco legal para profundizar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Más concretamente, prevé el intercambio entre las partes contratantes de perfiles de ADN, entre otros datos. Su finalidad es intensificar y acelerar el intercambio de información entre autoridades. El Tratado de Prüm no crea una base de datos europea, sino que las bases de datos de cada Estado miembro deben estar disponibles al resto de los Estados miembros.

Según el artículo 2 del tratado, los Estados miembros se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. El tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento.

A efectos de la ejecución del tratado, los Estados miembros garantizarán que se disponga de índices de referencia relativos a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis del ADN, dichos índices de referencia contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y una referencia.

Los índices de referencia no podrán contener datos que permitan identificar directamente a la persona concernida.

Los índices de referencia que no puedan atribuirse a ninguna persona (huellas abiertas) deberán poder reconocerse como tales.

Según el artículo 4 los Estados miembros llevarán a cabo, de mutuo acuerdo y a través de sus puntos de contacto nacionales, una comparación de los perfiles de ADN de sus huellas abiertas con todos los perfiles de ADN contenidos en los índices de referencia de los demás ficheros nacionales de análisis del ADN, para los fines de la persecución de delitos.

La transmisión y la comparación se efectuarán de forma automatizada. La transmisión para los fines de la comparación de los perfiles de ADN de las huellas abiertas únicamente tendrá lugar en los casos en que se prevea dicha transmisión en el derecho interno de la parte contratante requirente.

El 23 de junio de 2008, la Unión Europea, mediante las Decisiones 2008/615/JAI y 2008/616/JAI, incorporó los postulados del Tratado de Prüm a la legislación europea, obligando a todos los Estados miembros.

A nivel internacional no podemos dejar de mencionar la llamada «pasarela INTERPOL» que actúa únicamente como conducto para el intercambio de la información de delincuentes conocidos que actúan a escala internacional o no identificados, a través de la llamada pasarela de ADN de la INTERPOL que no contiene datos nominales que vinculen un perfil de ADN a ninguna persona, sino que son los países miembros los que siguen siendo quienes gozan de la disponibilidad de los datos de los perfiles de acuerdo con su legislación nacional.

La INTERPOL se limita a facilitar la información en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo, a través de la llamada red G8 I-24/7 que es un sistema protegido de comunicación policial a escala mundial.

De conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, en relación con la colaboración institucional internacional en esta materia la comisión desempeñará las siguientes funciones:

e) El mantenimiento de relaciones de colaboración con los organismos de otros Estados responsables del análisis del ADN con fines de investigación y persecución de delitos y la identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas, sin perjuicio de las actuaciones que correspondan a los ministerios de Justicia y del Interior en relación con dichas materias.

VI. OTROS REGISTROS CENTRALES DE INTERÉS CRIMINAL

1) Registro Central de Delinquentes Sexuales del Ministerio de Justicia³⁹

El Registro Central de Delinquentes Sexuales contendrá toda la información general que conste tanto en el Registro Central de Penados como en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, respecto de quienes hubieran sido condenados en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos con fines de explotación y ello en los términos que establece el art. 5 del RD 1110/2015, de 11 de diciembre, que según su último inciso del apartado primero «deberá constar el código identificador del perfil genético (ADN) del condenado cuando se haya acordado por el órgano judicial. No accederán al Registro los datos de identidad de la víctima, salvo, en su caso, su condición de menor».

2) Registro de Sentencias Firmes de Responsabilidad Penal de los Menores

De conformidad con la Disposición Adicional 3.^a de la LORPM: «En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los arts. 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus disposiciones complementarias»⁴⁰.

Por tanto, solo podrán acceder a este registro el juez de menores y el fiscal de menores instructor que conozca de los procedimientos previstos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y tan solo para la utilización en estos procedimientos, no estando habilitados para la cesión de estos datos una vez alcanzada la mayoría de edad.

³⁹ Regulado en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delinquentes Sexuales.

⁴⁰ La LO 15/1999 ha sido derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, excepto en lo referente a los tratamientos para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o ejecución de sanciones penales, regulados en la Directiva UE 2016/680.

VII. UTILIDAD DEL ANÁLISIS DE ADN COMO MEDIO PROBATORIO

A. Estándares de análisis e interpretación de la prueba pericial

Con respecto a los estándares científicos para la interpretación de la prueba de ADN (STR Autosómicos, STR de Cromosoma Y y ADN mitocondrial) la CNUFADN aconseja seguir las recomendaciones científicas de distintos grupos de estandarización: International Society of Forensic Genetics (ISFG) (<https://www.isfg.org>), European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI) (<http://enfsi.eu>), The Scientific Working Group on DNA Analysis Methods (SWGDM) (<https://www.swgdam.org>), que recogen los estándares científicos sobre:

- (1) La nomenclatura de los marcadores de ADN.
- (2) Los sistemas de análisis y garantía de calidad.
- (3) La interpretación de la prueba.
- (4) Las diversas aplicaciones de la prueba del ADN.

Cuando, como resultado de un cotejo genético, se produce una coincidencia o compatibilidad entre las muestras dubitadas e indubitadas sujetas a análisis, será necesario que en el informe se refleje una valoración estadística de dicha coincidencia o compatibilidad. Se recomienda a nivel internacional el empleo del cociente de verosimilitud (*likelihood ratio*) ya que permite valorar de forma conjunta los resultados del análisis genético bajo las hipótesis planteadas por las partes implicadas en el proceso judicial (acusación y defensa).

Del mismo modo, en la evaluación bioestadística de la paternidad/parentesco deben de utilizarse índices de parentesco basados en cocientes de verosimilitud.

Además, la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN ha desarrollado otras guías más específicas sobre criterios de interpretación de la prueba del ADN y en concreto:

— GUIA DE RECOMENDACIONES SOBRE VALIDACIÓN E INTERPRETACIÓN DE PERFILES MEZCLA DE ADN, que aborda los siguientes aspectos: (1) Criterios de acreditación y medidas de garantía de calidad, (2) recomendaciones sobre estudios de validación interna, (3) controles anticontaminación y caracterización del efecto drop-in, (4) criterios de análisis e interpretación de perfiles de ADN mezcla, (5) valoración estadística y (6) informe pericial⁴¹.

— RECOMENDACIONES SOBRE LOS ESTUDIOS DE IDENTIFICACIÓN GENÉTICA EN CASOS DE ADOPCIONES IRREGULARES Y SUSTRACCIÓN DE RECIÉN NACIDOS. La CTP, consciente de la dificultad técnica de algunos de los estudios de identificación genética en casos de sustracción de recién nacidos, desarrolló unas recomendaciones generales para asegurar la calidad y la fiabilidad de los estudios de identificación genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos, tanto en la búsqueda

⁴¹ El documento fue aprobado por el pleno de la CNUFADN en su reunión de fecha 17/09/2013.

de compatibilidades entre individuos vivos mediante bases de datos de ADN, como en el análisis de identificación genética de restos de exhumación de recién nacidos. Las recomendaciones abordan los siguientes puntos: 1. Selección y obtención de muestras de referencia. 2. Selección y obtención de muestras en exhumaciones de cadáveres de recién nacidos. 3. Análisis genéticos y acreditación de laboratorios. 4. Registro y búsqueda en base de datos de ADN y 5. Criterios de interpretación y comunicación de compatibilidades⁴².

— RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE LOS INFORMES PERICIALES EN GENÉTICA FORENSE Y LA EXPRESIÓN DE LOS RESULTADOS que incluye los siguientes aspectos:

- (1) Recomendaciones y estándares internacionales tanto de los organismos de acreditación como de las sociedades internacionales de Genética Forense.
- (2) Estructura y formato del informe pericial.
- (3) Expresión de los resultados (análisis preliminares y análisis genéticos).
- (4) Evaluación de los resultados (análisis preliminares, evaluación de coincidencias en investigación criminal, evaluación de coincidencias en base de datos de ADN, evaluación de compatibilidades en estudios de parentesco)⁴³.

B. Valoración de la prueba pericial en el proceso penal

Como todos los elementos de prueba que resulten admisibles por respetar los derechos fundamentales del encausado⁴⁴ y se produzcan con respeto a la legalidad ordinaria, la prueba pericial de ADN será objeto de valoración por el tribunal competente. La prueba pericial se practica cuando sean convenientes o necesarios conocimientos científicos, pero no está exenta de valoración por parte del tribunal, al no estar sujeta a valoración tasada, sin perjuicio de que una adecuada aproximación a esta requiere un mínimo conocimiento de sus bases científicas.

Como se ha apuntado en los apartados anteriores, la prueba de ADN consiste en el contraste de la muestra o muestras dubitadas que guardan relación con el hecho delictivo, con una muestra indubitada del investigado o acusado o de otros intervinientes en el proceso. En el caso de los marcadores STR autosómicos, el análisis se basa en regiones de material genético que son muy variables entre uno u otro individuo. Se consigue un perfil genético completo cuando es posible obtener el número de

⁴² Dichas recomendaciones fueron aprobadas en el Pleno de la CNUFADN de fecha 16/05/2012.

⁴³ Dichas recomendaciones fueron aprobadas en el Pleno de la CNUFADN de fecha 27/10/2015, a propuesta de la CTP. El texto de todos estos documentos se recoge en el portal Web de la CNUFADN: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/comision-nacional-para-forense>.

⁴⁴ El art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. El estudio de los supuestos de vulneración de tales derechos en la obtención o aportación de la prueba constituye el grueso de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia.

marcadores STR a los que se ha hecho referencia en apartados anteriores. Si el perfil coincide con el obtenido de una muestra indubitada tenemos un supuesto de coincidencia de perfiles genéticos.

Aun en este caso, la coincidencia no equivale a plena certeza científica de la identidad del sujeto ya que, a diferencia de la huella dactilar, dicha coincidencia se expresa en términos probabilísticos. De este modo, la falta de coincidencia permite excluir que la muestra pertenezca al sospechoso, pero en caso afirmativo, el laboratorio, mediante el empleo de índices estadísticos (habitualmente *likelihood ratio* —LR— o razón de verosimilitud) recogerá en el dictamen la probabilidad de encontrar el perfil genético coincidente suponiendo que el sospechoso lo depositó frente a que ese resultado de coincidencia se deba meramente al azar, y no sea el sospechoso quien lo depositó, sino cualquier otra persona de la población.

Por otra parte, es posible que la muestra dubitada, debido a que el ADN esté deteriorado o sea insuficiente, no permita la identificación de todos los marcadores genéticos estudiados. Tendremos entonces un perfil genético parcial. Al someterlo a comparación con una muestra indubitada, la razón de verosimilitud arrojará un valor menor.

Cuando se trata de marcadores STR del cromosoma Y se obtiene un perfil genético común (haplotipo) a los varones que descienden por vía paterna. Lo que se identifica es un linaje masculino, no un perfil genético de una persona. Del mismo modo, cuando lo que se analiza son regiones hipervariables del ADN mitocondrial, por no haberse podido obtener ADN nuclear, lo que se obtiene es un haplotipo común a un linaje por vía materna, y por consiguiente con un poder de discriminación menor.

A todo lo anterior debe añadirse que el hallazgo de ADN no implica necesariamente que el perfil genético identificado se corresponda con el de una persona implicada en el hecho delictivo. La alta sensibilidad en las técnicas de detección de ADN permite detectar la presencia de ADN depositado antes de que se produzca el delito (denominado comúnmente «ADN de fondo») e incluso ADN trasladado por una persona que estuvo en el lugar del delito y que tuvo contacto con otra o con un objeto tocado por esta («ADN de transferencia secundaria»). Finalmente, esta alta sensibilidad no permite descartar que el ADN sea fruto de una contaminación provocada de forma accidental en el laboratorio durante el proceso de análisis, posibilidad que tratan de conjurar los rigurosos procedimientos y protocolos para la obtención, análisis y custodia de las muestras⁴⁵. Todo ello es indicativo de que las muestras de ADN deben valorarse en su contexto, prestando especial atención a aspectos tales como el lugar en el que se depositó el ADN o el tamaño o naturaleza de la muestra, a fin de determinar su relación con el hecho delictivo.

⁴⁵ Una exposición detallada de estas cuestiones, con casos reales, se encuentra en la guía *Interpretando la genética forense*, reciente traducción y adaptación al español de la guía original en inglés *Making sense of forensic genetics* elaborada por Sense about Science en asociación con EUROFORGEN y ISFG. Acceso directo al documento: https://senseaboutscience.org/wp-content/uploads/2019/04/SaS-ForensicGenetics-spanish-translation-WEB-spreads-13_03-amend.pdf.

Lo expuesto nos conduce a la conclusión de que el resultado de la prueba de ADN no siempre puede constituir prueba plena de la participación de una persona en un hecho delictivo. Incluso en el caso de coincidencia de un perfil genético completo, procedente de una muestra obtenida del escenario del crimen o de la víctima, el valor probatorio es el de una prueba indiciaria que requiere la concurrencia de otros elementos probatorios que ligen al sospechoso, investigado o acusado con el hecho criminal. La prueba de ADN nos indica con una alta probabilidad la procedencia individual del indicio, pero en general no nos dice nada de cómo o cuándo llegó el indicio a la escena del crimen.

La mayor fiabilidad científica de la prueba de ADN para la determinación de la identidad respecto de otros medios de prueba no debe confundirse con el valor del hallazgo: por sí sola, la coincidencia de un perfil genético no es suficiente para afirmar la participación de una persona en un hecho delictivo. La determinación de la identidad mediante la comparación del ADN del sospechoso con el hallado en el lugar del delito no excluye la prueba de descargo, sino que el tribunal debe valorar el conjunto de elementos probatorios, así como la plausibilidad de la versión del encausado y las pruebas de descargo aportadas por la defensa.⁴⁶

Por esa misma razón, tampoco puede descartarse el valor probatorio de los hallazgos de perfiles parciales, mezclas o haplotipos. Aunque aisladamente tendrán menos valor indiciario, pueden constituir una relevante corroboración objetiva de una prueba directa de cargo, como el testimonio inculcador contra determinada persona; o, al contrario, pueden erigirse en una prueba de descargo decisiva en caso de que los perfiles sean incompatibles⁴⁷.

C. Valoración de la prueba pericial en los procesos de filiación del ámbito civil

En los procesos de filiación nunca se produce una búsqueda aleatoria en una base de datos, sino que el proceso se dirige frente a una persona determinada a quien se le atribuye una relación de filiación.

⁴⁶ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22.ª, en Sentencia de 29 de julio de 2014, absolvió a un acusado cuyo perfil genético existente en la base de datos era coincidente con el obtenido de una muestra dubitada de esperma en un caso de violación, ante la rotunda negativa de la víctima a identificarlo como autor de los hechos. A falta de una toma indubitada en el mismo proceso, el tribunal se planteó dudas sobre la toma indubitada que dio lugar al perfil inscrito en la base de datos.

⁴⁷ La Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 7.ª, de 6 de febrero de 2017, valoró el hallazgo de un haplotipo del cromosoma Y en conjunción con el resto de la prueba testifical, para concluir sobre la culpabilidad del acusado. La posterior STS 14/2018, de 16 de enero, avaló la inferencia pese a impugnarse el valor probatorio del hallazgo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 4.ª, de 30 de mayo de 2014, valoró el hallazgo de perfiles incompletos junto con la prueba testifical y la declaración de los acusados, afirmando que: «Si bien en términos protocolarios internacionales en supuestos de muestras con mezcla de más de dos perfiles no puede atribuirse valor identificativo indubitable a los resultados de ADN que se obtengan, sin embargo, en el caso los tres perfiles identificados permitían apreciar la presencia de 16 alelos de cada uno de los donantes, correspondientes al Sr. Hipólito Francisco, al Sr. Balbino Olegario y al Sr. Eulogio Onésimo lo que situaba el umbral de correspondencia identificativa en el plano de lo altísimamente probable».

Si tras practicar la prueba de ADN el resultado de cotejar ambos perfiles genéticos es negativo permite excluir la paternidad/maternidad con total certeza científica y, en caso afirmativo, determinarla con un índice de probabilidad suficientemente elevado para, en unión al resto de pruebas, corroborar la relación de filiación.

Los problemas de valoración más relevantes no se suscitan cuando se practica la prueba de ADN, sino cuando el demandado no accede a la práctica de la prueba que, a diferencia del proceso penal, es siempre voluntaria, sin perjuicio de la valoración que merezca la negativa injustificada a su práctica⁴⁸.

En caso de negativa a la práctica de la prueba, la jurisprudencia no la considera suficiente como prueba de la relación biológica si no existen indicios suficientemente significativos que permitan inferirla. Pero, dado el carácter escasamente invasivo de la prueba y los intereses en juego, para la valoración indiciaria será suficiente acreditar que existió una relación con el otro progenitor y hay una probabilidad, incluso débil, de que tal paternidad o maternidad sea cierta⁴⁹. No es necesario que se pruebe la existencia de una relación sentimental entre las partes, bastando una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de procreación; es en los casos dudosos y no en aquellos en que la prueba es suficiente para determinar la filiación sin necesidad de la prueba de ADN, donde la negativa puede permitir la declaración de paternidad o maternidad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha respaldado el uso de las pruebas de ADN y la inferencia de la paternidad o maternidad en la negativa del demandado a su práctica en los procesos de filiación, rechazando que una negativa injustificada tenga amparo en la vulneración del derecho a la integridad física o a la intimidad. Señala el Tribunal Constitucional que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas y que prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE., lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial⁵⁰.

⁴⁸ Así se desprende del tenor del art. 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 420/2017, de 18 de julio.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, que añade: «Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares».

VIII. NUEVAS TECNOLOGÍAS DE ANÁLISIS GENÉTICO

Estamos asistiendo a una nueva revolución tecnológica en el campo de la Genética Forense. Se trata de la implementación creciente en los laboratorios (tanto públicos como privados) de la metodología de la secuenciación masiva en paralelo (MPS, *Massive Parallel Sequencing*). Actualmente, hay un número creciente de centros de genética forense públicos y privados que están investigando y comenzando a implementar esta nueva tecnología para: (1) el análisis de marcadores de ADN forense «clásicos» (es decir, ADN de repeticiones en tándem cortas (STR) y región control del ADN mitocondrial) utilizadas en todo el mundo en la casuística forense, así como (2) para estudiar otros marcadores de ADN como son los SNP (polimorfismos de un solo nucleótido. Del inglés: *Single Nucleotide Polymorphism*, SNP) así como los INDEL (del inglés *Insertion / Deletion*, INDEL, que son pequeñas deleciones e inserciones de nucleótidos).

Los SNP / INDEL pueden usarse tanto para estudios de identificación individual forense (SNP de identidad), como en estudios de ancestralidad o ascendencia biogeográfica (SNP de ancestralidad), así como para determinar algunas características fenotípicas (color de piel, ojos y color de pelo) (SNP de rasgos fenotípicos). Uno de los proyectos europeos actuales más ambiciosos en el campo forense es el proyecto VISAGE (<http://www.visage-h2020.eu>), cuyo objetivo principal es el desarrollo y la validación de sistemas de secuenciación masiva para el estudio de marcadores de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos para su uso en el campo forense.

Muchos de estos nuevos marcadores de ADN están localizados en regiones reguladoras de los genes o en los propios genes (regiones codificantes del genoma) en contraposición a otros marcadores de ADN forense (STR, SNP de identificación y región control del ADN mitocondrial) que se encuentran en regiones no codificantes del genoma. Esto plantea un nuevo reto para su aplicación en el campo forense ya que en la mayoría de las legislaciones actuales europeas este uso no se encuentra regulado siendo normalmente leyes (como en España) de bases de datos.

Otra diferencia importante entre estos nuevos marcadores de ADN (de ancestralidad y rasgos fenotípicos) y los marcadores clásicos de ADN (STR y SNP de identificación) en genética forense es que los primeros tienen solo un valor predictivo o de inferencia con valores de probabilidad (70-90 %) muy alejados de los acostumbrados a obtener cuando se produce una coincidencia en el análisis genético comparativo de perfiles STR y/o SNP de identificación. Por este motivo se usan exclusivamente en la actualidad como un instrumento de investigación.

Por otro lado, hemos de mencionar la progresiva comercialización de «tests genéticos de ancestralidad» por parte de diversas compañías (AncestryDNA, 23andMe, FamilyTreeDNA o MyHeritage) que ofrecen a los consumidores reconstruir sus historias familiares y determinar los orígenes geográficos de sus antepasados. Muchas de estas pruebas genéticas están basadas en el estudio de cientos de miles de SNPs en todo el genoma y, por lo tanto, ofrecen un poder de discriminación enorme en estudios de parentesco y

una enorme potencialidad como herramientas para la resolución de hechos delictivos tal y como ha sucedido en el famoso caso del «*Golden State killer*» resuelto gracias al uso de la web «*open-source*» GEDmatch (<https://www.gedmatch.com/>), donde los usuarios de los *kit* comerciales, anteriormente citados, pueden volcar sus datos para contactar con posibles familiares y que ha sido el origen de una nueva disciplina científica denominada «Genealogía Forense». En contraposición, estas bases de datos de uso público desarrolladas por compañías privadas, cuyo uso no tiene una regulación legal, plantean cuestiones bioéticas de gran importancia como son: la falta de privacidad de los datos genéticos o la comercialización de la información genética.

Para una mayor información sobre este tema, la Comisión técnica permanente ha elaborado un informe (*Informe y recomendaciones de la CTP sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos*) en el que se identifican los marcadores de ADN y los métodos validados en genética forense para realizar inferencias de origen biogeográfico y de apariencia fenotípica y se enumeran una serie de recomendaciones con respecto a su uso futuro en la casuística forense en nuestro país.

Por último, el Grupo Jurídico y bioético ha elaborado un documento de recomendaciones sobre el uso de estos nuevos marcadores de ADN que se recoge en el ANEXO II.

IX. GLOSARIO

Términos de la guía que conviene saber:

ADN. Abreviatura de ácido desoxirribonucleico, es la molécula que alberga la información genética de la mayoría de los organismos, incluidos los humanos.

ADN autosómico. El ADN que contienen los 22 pares de cromosomas no ligados al sexo presentes en el núcleo de las células.

ADN codificante y ADN no codificante. El ADN no codificante es toda secuencia de ADN que no codifica aminoácidos (de manera general proteínas). Gran parte del ADN no codificante se encuentra ubicada entre los genes en el cromosoma. Por otra parte, hay otras secuencias de ADN no codificantes, denominadas intrones, que se encuentran dentro de los genes. El ADN no codificante desempeña un papel importante en la regulación de la expresión génica. Por otro lado, el ADN codificante es aquella secuencia de ADN que codifica aminoácidos, y por tanto proteínas. Los ordenamientos jurídicos suelen presuponer que el ADN codificante contiene la información genética sensible, mientras que el ADN no codificante contiene información no sensible pero que permite individualizar al individuo y a su sexo; por tal motivo suelen limitar a este ADN las posibilidades de investigación penal. Hoy sabemos que el ADN no codificante tiene también información sensible y que el ADN no codificante puede ofrecer información no sensible sobre rasgos fenotípicos y de ancestralidad útiles para la investigación penal.

ADN del cromosoma Y. Se trata del ADN que compone el cromosoma Y, el cual está presente exclusivamente en los varones. Es transmitido del progenitor paterno a los descendientes varones de manera prácticamente invariable. Se encuentra en el núcleo de la célula.

ADN mitocondrial. El ADN ubicado en las mitocondrias, que son pequeñas fábricas de energía localizadas en las células (fuera del núcleo). Como las células contienen muchas mitocondrias, su ADN está presente con un mayor número de copias y se puede detectar con más probabilidades de éxito cuando el ADN del núcleo está dañado o es insuficiente. Se trata de un ADN que se hereda exclusivamente por línea materna, de madres a hijos/as de manera prácticamente invariable.

ADN nuclear. Se encuentra en el núcleo de la célula, codifica la mayoría de los genes de un organismo. Habitualmente en el análisis de ADN con fines de identificación humana se utiliza ADN nuclear que incluye el ADN autosómico y ADN del cromosoma Y.

Alelo. Cada una de las formas (o variables) que adopta un gen que está localizado en una posición concreta de un cromosoma, en una población determinada de individuos.

Cromosomas. Estructuras en el interior de la célula que contienen la información genética empaquetada. El genoma humano se compone de 23 pares (un total de 46 cromosomas) y cada uno contiene de cientos a miles de genes y ADN no codificante.

Fenotipo. Las características físicas de una persona son el resultado de la expresión de sus genes así como de la influencia de factores ambientales. La determinación forense del fenotipo consiste en la predicción, a partir del ADN, de uno o varios aspectos externamente visibles de estas características físicas, como, por ejemplo, el color de pelo y los ojos.

Genes. Segmentos de la cadena de ADN que contienen la información para producir o regular la expresión de proteínas y son responsables de las características fenotípicas del individuo.

Haplotipo. Conjunto de polimorfismos del ADN, localizados en el mismo cromosoma, que se heredan de forma conjunta.

Marcador genético. Es un gen o una secuencia de ADN en una posición concreta de un cromosoma que debido a su variabilidad en la población puede ser usado con fines de identificación humana.

Muestra biológica dubitada. Material biológico recuperado de una escena donde se ha producido un delito, o de personas u objetos relacionados con un hecho delictivo.

Muestra biológica indubitada. Material biológico del cual se conoce el donante y es utilizado con fines de comparación.

Perfil genético. Describe la expresión alélica de los marcadores genéticos que se han analizado del ADN de una persona o de un vestigio o evidencia biológica.

Perfil de ADN mezclado. Perfil genético resultante de la aportación de dos o más contribuyentes; por ejemplo, de la víctima y el sospechoso.

Perfil de ADN parcial. Perfil de ADN incompleto en el que no se han obtenido resultados para algunos de los marcadores genéticos analizados. Ello puede deberse a que el ADN se haya deteriorado, bien por exposición al calor, el agua o microorganismos, o bien porque el ADN está presente en niveles tan bajos que no se pueda obtener información precisa sobre los marcadores.

Polimorfismos de un único nucleótido (SNPs). Variación de la secuencia del ADN humano, por sí mismos no proporcionan información sobre genes específicos, simplemente indican una localización cromosómica.

Razón de verosimilitud (LR—*likelihood ratio*). Índice matemático recomendado internacionalmente por la comunidad científica y empleado para valorar estadísticamente situaciones de coincidencia o compatibilidad entre perfiles genéticos dubitados e indubitados.

Repeticiones cortas en tandem (STR—*short tandem repeat*—). Pequeños fragmentos de ADN distribuidas por el genoma, que se componen a su vez, de cortas secuencias de nucleótidos repetidas en tandem. El número de veces que se repite esta secuencia (y, por ende, la longitud del fragmento final) suele diferir entre personas. En este

momento, el análisis de este tipo de polimorfismo constituye la base de estudio en la mayoría de las investigaciones con fines de identificación genética.

Siglas de organismos y ficheros que aparecen en la guía:

CNUFADN. Comisión Nacional de Uso Forense del ADN.

CODIS. Sistema de Índice Combinado de ADN (Combined DNA Index System). Sistema informático creado por el FBI de apoyo en la gestión de las bases de datos de ADN que incluye personas desaparecidas, delincuentes y muestras forenses de la escena del delito.

COMSIGENI. Comité de Regulación y Coordinación del Sistema de Gestión Nacional de Identificadores Obtenidos a partir del ADN.

INTCF. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

INT-FÉNIX. Fichero de interés social de la base de datos de ADN de personas desaparecidas y cadáveres sin identificar.

INT-SAIP. Fichero de interés criminal de la base de datos de ADN del Ministerio del Interior.

ANEXO I. FORMULARIOS

A. Formulario policial de investigados o encausados

FORMULARIO/ACTA DE TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS A INVESTIGADO/ENCAUSADO
CON CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL

— 1. DATOS DE LA ACTUACIÓN

Diligencias policiales n.º: Fecha diligencias:

Unidad instructora:..... Número de carné profesional:

Diligencias Judiciales n.º: Juzgado:

Infracción criminal investigada:

— 2. DATOS DEL/LA DONANTE DE LA MUESTRA

Nombre y apellidos:.....

DNI/Pasaporte/Documento identificador: País:

Fecha y lugar de nacimiento:.....

Domicilio:

Representante legal que autoriza la toma de muestras (en caso de menores o personas con capacidad judicialmente modificada)

Nombre y apellidos:.....

DNI/Pasaporte/Documento identificador: País:

Fecha y lugar de nacimiento:.....

Domicilio:

— DATOS DE LA TOMA DE MUESTRAS. CLÁUSULA DE CONSENTIMIENTO

En _____, en la sede del órgano judicial indicado, siendo las _____ horas del día _____ de ____ de ____, se solicita consentimiento para proceder a la toma de muestras biológicas de carácter indubitado, en el marco de la investigación criminal de referencia, consistente en frotis bucal (MEDIANTE [X] HISOPOS ESTERILES) para la realización de análisis de ADN que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo y la realización de estudios comparativos necesarios para las diligencias judiciales arriba referenciadas.

De acuerdo con la LO 10/2007, reguladora de las bases de datos policiales de ADN, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento UE 2016/679, se proporciona la siguiente información:

1.º La finalidad policial y judicial para la que son realizadas la toma y el análisis de las muestras biológicas es la de identificar al autor de un delito, su puesta a disposición judicial, el esclarecimiento del delito y que la autoridad judicial en el proceso penal determine la responsabilidad del autor de los hechos delictivos o su inocencia.

2.º Las muestras tomadas respecto de las que deban realizarse análisis biológicos, serán analizadas en los laboratorios debidamente acreditados por la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, correspondiendo a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

3.º 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 para casos de comisión de delitos.

4.º 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 solo 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. 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.

5.º La cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, se realizará según lo estipulado en el artículo 9 de la L.O. 10/2007 y conllevará la eliminación del perfil de ADN, datos personales y muestra obrante. 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.

6.º El afectado podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación, supresión, limitación y portabilidad de los datos, en los casos y en la forma previstos en los arts. 12 a 18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su regulación de desarrollo.

Los derechos de acceso, rectificación, y cancelación de datos pueden ejercitarse ante el Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, c/ Amador de los Ríos nº 2, 28071 Madrid [1].

7.º Siempre que el investigado/encausado se halle detenido, este consentimiento se prestará con asistencia letrada.

Informado de lo anterior, PRESTA SU CONSENTIMIENTO expreso para:

☐ La obtención de muestra biológica, su análisis y cotejo en la investigación judicial de referencia, así como inclusión en la base de datos de ADN regulada en la LO 10/2007

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

Fdo.: Representante legal

(Menor/capacidad modificada)

En unión de:

El/la letrado/a

Fdo.: El/la instructor/a

Fdo.: El/la secretario/a

IMPRESIONES DACTILARES	
Índice izquierdo	Índice derecho

[1] Las distintas instituciones implicadas podrán especificar también la dirección del administrador de su base de datos local.

B. Formulario de investigados o detenidos para institutos de Medicina Legal**FORMULARIO/ACTA DE TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS A INVESTIGADO/ENCAUSADO
CON CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL****— DATOS GENERALES**

Diligencias Previas/Sumario n°: Juzgado:

Infracción criminal investigada:

Letrado:Colegiado n°:

— Donante de la muestra:

Representante legal que autoriza la toma de muestras (en caso de personas con capacidad judicialmente modificada).

Nombre y apellidos:

DNI/Pasaporte/Documento identificador: País:

Fecha y lugar de nacimiento:.....

Domicilio:

— DATOS DE LA TOMA DE MUESTRAS. CLÁUSULA DE CONSENTIMIENTO

En _____, en la sede del órgano judicial indicado, siendo las _____ horas del día _____ de _____ de _____, se solicita consentimiento para proceder a la toma de muestras biológicas de carácter indubitado, en el marco de la investigación criminal de referencia, consistente en frotis bucal (MEDIANTE [X] HISOPOS ESTERILES) para la realización de análisis de ADN que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo y la realización de estudios comparativos necesarios para las diligencias judiciales arriba referenciadas.

De acuerdo con la LO 10/2007, reguladora de las bases de datos policiales de ADN, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento UE 2016/679, se proporciona la siguiente información:

1.º La finalidad policial y judicial para la que son realizadas la toma y el análisis de las muestras biológicas es la de identificar al autor de un delito, su puesta a disposición judicial, el esclarecimiento del delito y que la autoridad judicial en el proceso penal determine la responsabilidad del autor de los hechos delictivos o su inocencia.

2.º Las muestras tomadas respecto de las que deban realizarse análisis biológicos, serán analizadas en los laboratorios debidamente acreditados por la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, correspondiendo a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

3.º 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 para casos de comisión de delitos.

4.º 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 solo 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. 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.

5.º La cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, se realizará según lo estipulado en el artículo 9 de la L.O. 10/2007 y conllevará la eliminación del perfil de ADN, datos personales y muestra obrante. 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.

6.º El afectado podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación, supresión, limitación y portabilidad de los datos, en los casos y en la forma previstos en los arts. 12 a 18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su regulación de desarrollo.

Los derechos de acceso, rectificación, y cancelación de datos pueden ejercitarse ante el Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, c/ Amador de los Ríos nº 2,

28071 Madrid o ante el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, sito en la calle José Echegaray 4, Las Rozas de Madrid, 28232.

7.º Siempre que el investigado/encausado se halle detenido, este consentimiento se prestará con asistencia letrada.

Informado de lo anterior, PRESTA SU CONSENTIMIENTO expreso para:

☐ La obtención de muestra biológica, su análisis y cotejo en la investigación judicial de referencia, así como inclusión en la base de datos de ADN regulada en la LO 10/2007.

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

Fdo.: Representante legal

(Menor/capacidad modificada)

En unión de:

Fdo.: El/la letrado/a

Fdo.: El/la médico forense

Fdo.: El/la letrado/a de la
Administración de Justicia

C. Formulario policial de víctimas**FORMULARIO/ACTA DE TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS A VÍCTIMA CON
CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL****— 1. DATOS DE LA ACTUACIÓN**

Diligencias policiales n°: Fecha diligencias:

Unidad instructora: Número de carné profesional:

Diligencias judiciales n°: Juzgado:

Infracción criminal investigada:

— 2. DATOS DEL/LA DONANTE DE LA MUESTRA

Nombre y apellidos:.....

DNI/Pasaporte/Documento identificador: País:

Fecha y lugar de nacimiento:.....

Domicilio:

Representante legal que autoriza la toma de muestras (en caso de menores o personas
con capacidad judicialmente modificada)

Nombre y apellidos:.....

DNI/Pasaporte/Documento identificador: País:

Fecha y lugar de nacimiento:.....

Domicilio:

— DATOS DE LA TOMA DE MUESTRAS. CLÁUSULA DE CONSENTIMIENTO.

En _____, en las dependencias de _____ sitas en _____, siendo las horas del día _____ de _____ de _____, se solicita consentimiento para proceder a la toma de muestras biológicas de carácter indubitado, en el marco de la investigación criminal de referencia, consistente en frotis bucal (MEDIANTE [X] HISOPOS ESTERILES) para la realización de análisis de ADN que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo y la realización de estudios comparativos necesarios para las diligencias policiales y/o judiciales arriba referenciadas.

De acuerdo con la LO 10/2007, reguladora de las bases de datos policiales de ADN, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento UE 2016/679, se proporciona la siguiente información:

1.º La finalidad policial y judicial para la que son realizadas la toma y el análisis de las muestras biológicas es la de identificar al autor de un delito, su puesta a disposición

judicial, el esclarecimiento del delito y que la autoridad judicial en el proceso penal determine la responsabilidad del autor de los hechos delictivos o su inocencia.

2.º Las muestras tomadas respecto de las que deban realizarse análisis biológicos, serán analizadas en los laboratorios debidamente acreditados por la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, correspondiendo a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

3.º Los datos y resultados obtenidos tras la realización de dichos análisis podrán ser utilizados para identificación genética sobre ADN meramente identificador, exclusivamente en la presente investigación.

4.º 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 solo 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 del delito que haya dado lugar a la investigación.

5.º La cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, se realizará según lo estipulado en el artículo 9 de la L.O. 10/2007 y conllevará la eliminación del perfil de ADN, datos personales y muestra obrante.

6.º El afectado podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación, supresión, limitación y portabilidad de los datos, en los casos y en la forma previstos en los arts. 12 a 18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su regulación de desarrollo.

Los derechos de acceso, rectificación, y cancelación de datos pueden ejercitarse ante el Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, calle Amador de los Ríos nº 2, 28071, Madrid. [1]

Informado de lo anterior, PRESTA SU CONSENTIMIENTO expreso para:

☐ La obtención de muestra biológica, su análisis y cotejo en la investigación policial de referencia.

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

Fdo.: Representante legal

(Menor/capacidad modificada)

☐ La inclusión en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN regulada en la LO 10/2007 y su uso y cesión para utilizarlos, exclusivamente en la investigación objeto de la toma de muestra.

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

Fdo.: Representante legal

(Menor/capacidad modificada)

En unión de:

Fdo.: El/la instructor/a

Fdo.: El/la secretario/a

(OPCIONAL para la fuerza actuante)

IMPRESIONES DACTILARES	
Índice izquierdo	Índice derecho

[1] Las distintas instituciones implicadas podrán especificar también la dirección del administrador de su base de datos local.

D. Formulario de víctimas para institutos de Medicina Legal**FORMULARIO/ACTA DE TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS A VÍCTIMA CON
CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL****— DATOS GENERALES**

Diligencias previas/sumario n.º: Juzgado:

Infracción criminal investigada:

Letrado:Colegiado n.º:

Donante de la muestra:

Representante legal que autoriza la toma de muestras (en caso de personas con capacidad judicialmente modificada)

Nombre y apellidos:.....

DNI/Pasaporte/Documento identificador: País:

Fecha y lugar de nacimiento:.....

Domicilio:

— DATOS DE LA TOMA DE MUESTRAS. CLÁUSULA DE CONSENTIMIENTO

En _____, en las dependencias de _____ sitas en _____, siendo las horas del día ____ de ____ de _____, se solicita consentimiento para proceder a la toma de muestras biológicas de carácter indubitado, en el marco de la investigación criminal de referencia, consistente en frotis bucal (MEDIANTE [X] HISOPOS ESTERILES) para la realización de análisis de ADN que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo y la realización de estudios comparativos necesarios para las diligencias policiales y/o judiciales arriba referenciadas.

De acuerdo con la LO 10/2007, reguladora de las bases de datos policiales de ADN, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento UE 2016/679, se proporciona la siguiente información:

1.º La finalidad policial y judicial para la que son realizadas la toma y el análisis de las muestras biológicas es la de identificar al autor de un delito, su puesta a disposición judicial, el esclarecimiento del delito y que la autoridad judicial en el proceso penal determine la responsabilidad del autor de los hechos delictivos o su inocencia.

2.º Las muestras tomadas respecto de las que deban realizarse análisis biológicos, serán analizadas en los laboratorios debidamente acreditados por la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN, correspondiendo a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

3.º Los datos y resultados obtenidos tras la realización de dichos análisis podrán ser utilizados para identificación genética sobre ADN meramente identificador, exclusivamente en la presente investigación.

4.º 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 solo 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 del delito que haya dado lugar a la investigación.

5.º La cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, se realizará según lo estipulado en el artículo 9 de la L.O. 10/2007 y conllevará la eliminación del perfil de ADN, datos personales y muestra obrante.

6.º El afectado podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación, supresión, limitación y portabilidad de los datos, en los casos y en la forma previstos en los arts. 12 a 18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su regulación de desarrollo.

Los derechos de acceso, rectificación, y cancelación de datos pueden ejercitarse ante el Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, c/ Amador de los Ríos nº 2, 28071, Madrid, o ante el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, sito en la calle José Echegaray 4, Las Rozas de Madrid, 28232.

Informado de lo anterior, PRESTA SU CONSENTIMIENTO expreso para:

☐ La obtención de muestra biológica, su análisis y cotejo en la investigación policial de referencia.

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

Fdo.: Representante legal
(Menor/capacidad modificada)

☐ La inclusión en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN regulada en la LO 10/2007 y su uso y cesión para utilizarlos, exclusivamente en la investigación objeto de la toma de muestra.

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

Fdo.: Representante legal
(Menor/capacidad modificada)

En unión de:

Fdo.: El/la médico forense

Fdo.: El/la letrado/a de la
Administración de Justicia

E. Formulario de familiares en sucesos de víctimas múltiples

FORMULARIO OFICIAL PARA LA TOMA DE MUESTRAS DE REFERENCIA DE ADN DE LOS FAMILIARES (II)

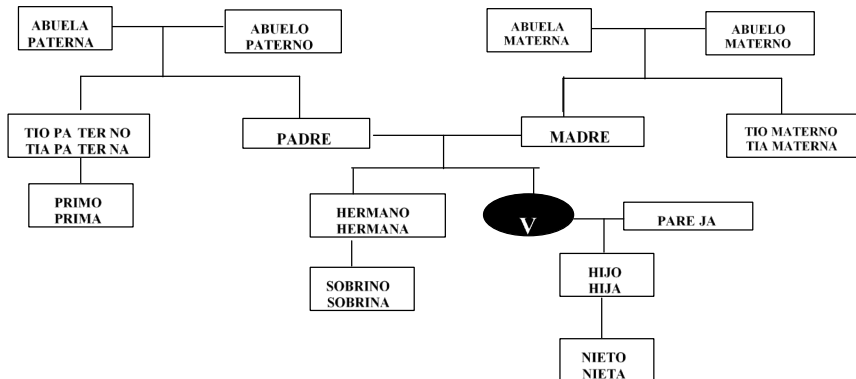
Nombre y apellidos del familiar de referencia:

Relación de parentesco con la víctima:

Nombre y apellidos de la víctima:

Relación de parentesco con la víctima:

Nombre y apellidos de la víctima:



F. Formulario de solicitud de toma de muestras biológicas para la obtención de perfiles genéticos por el INTCF y su registro en el fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos

— Datos de la persona donante:

Código de muestra:

Nombre:

Primer apellido:

Segundo apellido:

D.N.I.: Fecha de nacimiento:

Sexo: Nacionalidad:

— Medio preferente de comunicación o domicilio a efectos de notificaciones:

☐ Domicilio ☐ Correo electrónico

Dirección: N.º:

Escalera: Portal: Piso: Letra:

Población: Provincia:

Código Postal:

Correo electrónico:

Teléfono 1: Teléfono 2:

— Relación de la persona donante con la investigación:

☐ Hijo/a que busca a su madre y a su padre biológicos.

☐ Madre que busca a hijo/a biológico.

☐ Padre que busca a hijo/a biológico.

☐ Otros (especificar):

Solicito al Ministerio de Justicia que a través del INTCF se proceda a la toma de muestras biológicas oportunas para la determinación de mi perfil genético con el fin de incorporarlo al fichero con base en ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos que gestiona dicho organismo público.

— Acreditación de abono del precio público. Documento justificativo del ingreso.

Cláusula de consentimientos:

Al cumplimentar el presente formulario usted presta su consentimiento para la obtención de una muestra biológica (hisopos de mucosa bucal) por parte del Instituto Nacional de

Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF), para el análisis de marcadores de ADN con el único fin de investigar la identidad genética de hijos adoptados de forma irregular.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se le informa de que los datos pasarán a formar parte del fichero de «Perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos», del que es responsable el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el fin de verificar la existencia de coincidencias relevantes de las que puedan revelarse indicios de relaciones familiares biológicas entre su perfil genético y el de las restantes personas incorporadas a este o que se incorporen en el futuro.

Igualmente, consiente que el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses comunique al Ministerio de Justicia los resultados de las pruebas realizadas con la finalidad de incorporarlos al fichero de «Solicitudes de suministro de información administrativa por parte de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos», del que es responsable la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y que se encuentra regulado por la mencionada orden ministerial, con la finalidad de recabar la información que resulte necesaria para la atención de la solicitud que hubiera presentado en relación con su caso y que se le comunique el resultado de las informaciones que se obtuvieran respecto de esta.

Del mismo modo, usted consiente que, en caso de producirse las coincidencias a las que anteriormente se ha hecho referencia, sus datos identificativos sean comunicados a las personas con las que guarde relación genética.

En todo caso, usted podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado por medio del presente formulario, así como ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en relación con sus datos personales, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, ante el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, calle José Echegaray, 4 (esquina Jacinto Benavente), Parque Empresarial, 28232, Las Rozas, Madrid. No obstante, se le advierte de que los datos obtenidos o los que resulten de las eventuales averiguaciones o investigaciones podrán constituir un principio de prueba de las posibles demandas de reclamación o impugnación de la filiación que puedan ejercitarse, en su caso, ante los juzgados y tribunales.

Por otra parte, en lo que se refiere a los datos relacionados con su perfil genético y con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se informa igualmente de lo siguiente:

- Solo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto y del sexo.
- 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. Los datos incluidos en la base de datos objeto de esta ley solo podrán ser utilizados en la investigación para la que fueron obtenidos.

- Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse a análisis biológicos, serán remitidos a los laboratorios debidamente acreditados del INTCF.
- Los datos se conservarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

En todo caso, la cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, conllevará la eliminación del perfil de ADN, así como la destrucción de la muestra biológica original.

....., de de 20

Firma de la persona donante:

ANEXO II. RECOMENDACIONES DEL GRUPO JURÍDICO Y BIOÉTICO SOBRE EL USO DE LOS NUEVOS MARCADORES DE ADN

1. En primer lugar, se destaca la necesidad de una regulación legal que dé cobertura a este tipo de análisis fenotípicos, revisando los conceptos de ADN codificante y no codificante, siendo lo importante el uso y la finalidad de la información obtenida.
2. Solo deberán utilizarse este tipo de análisis fenotípicos cuando, habiéndose obtenido muestras de ADN en la escena del hecho delictivo o sobre la víctima, no hubiere saltado un perfil coincidente en la base de datos (es decir; se trataría de muestras claramente dubitadas), y se hubieren agotado otras vías de investigación.
3. Es necesario que el legislador garantice que se produzca la mínima injerencia en el ámbito de los derechos del individuo, velando por la confidencialidad y el uso de este tipo de análisis.
4. Solo se utilizará como una herramienta de investigación para reducir el círculo de posibles sospechosos, pero no se podrá usar como prueba en el juicio oral. No se deberán hacer públicos los resultados de dichos análisis para evitar discriminaciones étnicas hacia grupos minoritarios de la población.
5. Una vez centrada la sospecha sobre un determinado individuo, seguirá siendo necesario un análisis de cotejo mediante los tradicionales marcadores STRs de ADN.
6. Se deberá establecer el elenco de delitos respecto de los cuales se puede seguir esta vía de investigación. Un posible criterio sería el de utilizar el recogido en la propia LO 10/2007, si bien podría resultar excesivamente amplio.
7. Resulta ineludible, en todo caso, la previa autorización judicial para proceder a estos estudios. Será el juez quien tenga que realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad en cada supuesto concreto. Llegado sea el momento en que sea el fiscal el director de la instrucción, consideramos que será entonces el juez garante quien deba expedir dicha autorización, sin ser suficiente la orden del fiscal.
8. La ley deberá definir qué rasgos pueden inferirse, circunscribiéndose a los marcadores de ancestralidad y a los marcadores de rasgos externos visibles. Se deberá plantear si estos rasgos deben ser los visibles desde el nacimiento, y la posibilidad de ampliarlo a otros datos como la edad. En ningún caso podrá incidir en datos altamente sensibles, como la predisposición a sufrir determinadas enfermedades.
9. Es necesario prever la posibilidad de regular este tipo de análisis, no solo con fines de investigación criminal, sino también con fines humanitarios.
10. El legislador deberá plantearse si es necesaria una regulación específica de bases de datos fenotípicos, ya sea a fines forenses y/o civiles.
11. Se deberá preservar el derecho a la intimidad y de los resultados de los análisis fenotípicos también en el ámbito de las empresas que realizan estas inferencias con

fines de búsquedas familiares, controlando el acceso de la información a sus propias bases de datos.

12. En todo caso, es necesario asegurar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de este tipo de datos (derecho arco).

13. Resulta imprescindible la preparación de los operadores jurídicos en esta materia (aplicación forense de los nuevos marcadores de ADN y las nuevas tecnologías de análisis). Jueces, fiscales, abogados, etc. deben comprender el alcance de estos avances científicos y su posible incidencia en los derechos de las personas.

ANEXO III. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE INTERÉS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (GRAN SALA)

ASUNTO S. MARPER CONTRA REINO UNIDO. Sentencia de 4 diciembre 2008. TEDH 2008\104

Comentario: la sentencia considera que la legislación de Inglaterra y País de Gales, que permite el mantenimiento indefinido en el tiempo de indicadores de ADN en las bases de datos, incluso en caso de sospechosos absueltos o causas archivadas, es una medida desproporcionada que vulnera el derecho a la vida privada y familiar de los sujetos afectados y, por tanto, el art. 8 del convenio. La conservación de muestras celulares se considera particularmente intrusiva, teniendo en cuenta la profusión de información genética y sobre la salud que contienen. Hay un riesgo claro de estigmatización. Se destaca la repercusión en el caso de menores y minorías étnicas.

«A este respecto, le sorprende al Tribunal el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservación vigente en Inglaterra y el País de Gales (...) cualquiera que sea el carácter y la gravedad de los delitos de los que fuese originariamente sospechosa la persona e independientemente de su edad (...). Por otra parte, la conservación no está limitada en el tiempo: los elementos se conservan indefinidamente, independientemente de la naturaleza o gravedad del delito que la persona es sospechosa de haber cometido. Además, existen pocas posibilidades de que una persona absuelta consiga que se eliminen los datos de la base nacional o se destruyan las muestras (...).

»El Tribunal estima, además, que la conservación de datos relativos a personas no condenadas puede ser particularmente perjudicial en el caso de menores, como el primer demandante, debido a su situación especial y a la importancia de su desarrollo e integración en la sociedad. El Tribunal ha insistido ya (...) en el lugar particular que ocupan los jóvenes en el ámbito de la justicia penal y ha subrayado, concretamente, la necesidad de proteger su vida privada en el contexto de los procesos penales (...). El Tribunal comparte la opinión de Nuffield Council respecto a las consecuencias para los jóvenes de una conservación ilimitada de sus muestras y perfiles de ADN y toma nota de la preocupación expresada por este organismo a propósito de la sobrerrepresentación en la base de datos, de menores y miembros de minorías étnicas no reconocidos culpables de ningún delito (...).

»En conclusión, el Tribunal estima que el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares, las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido delitos pero que no han sido condenadas, tal y como se ha aplicado a los demandantes en el caso de autos, no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que concurren y que el Estado demandado ha superado cualquier margen de apreciación aceptable en la materia. Por tanto, la conservación en litigio se ha de considerar una lesión

desproporcionada del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática».

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia de 5 de diciembre de 2013 (Roj: STC 199/2013 – ECLI:ES:TC:2013:199)

N.º de Resolución: 199/2013 N.º de Recurso: 9530/2005. Ponente: FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Procedimiento: Recurso de amparo

Comentario: el recurso se articula contra la STS 1311/2005, que descartó la ilicitud de la toma de muestra del acusado, consistente en esputo, para análisis de ADN y comparación con las muestras dubitadas. El tribunal rechaza la arbitrariedad del cambio de criterio del Tribunal Supremo respecto de una sentencia anterior que exigió autorización judicial para la toma de muestras, al estar justificado el cambio de doctrina jurisprudencial. Se rechaza también la necesidad de autorización judicial para la recogida de la muestra con arreglo a la legalidad vigente, al no estar comprometido con ello ningún derecho constitucional ni vulnerarse el derecho a la no autoincriminación, pues se trató de un acto voluntario. Tampoco se estima constitucionalmente exigible la autorización judicial para el análisis de ADN, pues aunque suponga una injerencia en su intimidad, por la potencialidad de uso para la obtención de informaciones sensibles conforme determina la jurisprudencia del TEDH, es constitucionalmente conforme al obedecer a un fin legítimo, tener cobertura legal y no estar justificada la intervención judicial por la escasa incidencia material en la intimidad personal, por limitarse a las regiones de ADN no codificante, por la urgencia de la situación del caso analizado, por no existir una reserva legal de autorización judicial y porque su aportación posterior al proceso permitió que la diligencia probatoria estuviera bajo control judicial. La medida fue proporcionada a las circunstancias del caso. Tampoco se vulneró el derecho a la autodeterminación informativa, pues el único dato incorporado a la base de datos de ADN fue el perfil genético que identifica al individuo. Esta sentencia sienta la doctrina constitucional que será aplicada en resoluciones posteriores. Votos particulares discrepantes sobre la falta de necesidad de autorización judicial, habida cuenta de la inexistencia de habilitación legal para la toma de muestras atribuidas hasta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre y la Ley Orgánica 10/2007.

Sentencia (Pleno) de 30/01/2014 (Roj: STC 13/2014 – ECLI:ES:TC: 2014:13)

N.º: 13/2014. N.º de Recurso: 10616/2006. Ponente: FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Procedimiento: Recurso de amparo

Comentario: analiza y resuelve las quejas contra la licitud de la prueba de ADN en el proceso penal en términos similares a la STC 199/2013. Considera que no se vulneró la presunción de inocencia al valorar el indicio consistente en la coincidencia de perfil genético del recurrente con la muestra dubitada, al ser razonable la inferencia de la

culpabilidad a partir de este indicio de la autoría, teniendo en cuenta además la inconsistencia de la versión exculpatoria. Votos particulares.

Las sentencias 14/2014, 15/2014 y 16/2016, de la misma fecha, resuelven en el mismo sentido otros recursos de amparo contra la misma resolución.

Sentencia de 27 de marzo de 2014 (Roj STC 43/2014 – ECLI:ES:TC:2014:43)

N.º de Resolución: 43/2014. N.º de Recurso: 5016/2006. Ponente: ENCARNACIÓN ROCA TRIAS

Procedimiento: Recurso de amparo

Comentario: resume la jurisprudencia hasta la fecha, con cita de las resoluciones más interesantes del propio TC y del TEDH.

«En la reciente STC 199/2013, de 5 de diciembre así como en las SSTC 13/2014, 14/2014, 15/2014, y 16/2014, todas ellas de 30 de enero, concluimos que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo supone una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (fundamento jurídico 6, *in fine*, de la STC 199/2013, citada en primer lugar, y fundamento jurídico 3 de las restantes Sentencias). Se recuerda la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre), así como a determinados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ponen de manifiesto que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Harper c. Reino Unido; y decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso Van der Velden c. Países Bajos).

»a) Comenzando por la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad debe orientarse a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando “está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido” (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Harper c. el Reino Unido, §100; en el mismo sentido, STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8). En el presente recurso, la prueba pericial de obtención del ADN no codificante, que no permite la obtención de otros datos que los meramente identificativos, se produjo con la finalidad de ser comparado con los restos biológicos hallados en unas capuchas utilizadas en la realización del hecho delictivo, teniendo como único objeto la averiguación de la persona que había utilizado las mencionadas prendas en la perpetración del delito de daños terroristas, por lo que no cabe duda alguna de la concurrencia de un fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.

»b) Por lo que se refiere a la cobertura legal de las diligencias periciales practicadas por la policía judicial, hemos de partir, como hace la STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9, de que habiendo ocurrido los hechos antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquella cobertura se encuentra en los arts. 282 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De una parte, se trata de uno de los informes técnicos y periciales a los que se refiere el apartado g); de otra, su práctica se acomoda con naturalidad a la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador, esto es, para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores, y, finalmente, porque la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, a la que luego nos referiremos, admite una relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura a la exigida por el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así lo hemos afirmado, en nuestra STC 34/2010, de 19 de julio, con cita de la STEDH en el caso Plon contra Francia, de 18 de mayo de 2004, con respecto a la menor injerencia que supone el carácter temporal de las medidas cautelares limitativas de un derecho fundamental (en el caso, los reconocidos en el art. 20.1 CE).

»c) En cuanto a la necesidad de autorización judicial, concluimos en la repetida STC 199/2013, de 5 de diciembre, que aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho del demandante a la intimidad personal, por las razones, entre otras, expresadas en su fundamento jurídico 10 al que nos remitimos, aplicando en este caso la misma argumentación».

Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STC 135/2014 – ECLI:ES:TC: 2014:135)

N.º: 135/2014. N.º de Recurso: 6811/2010. Ponente: LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ

Procedimiento: Recurso de amparo

Comentario: examina la afectación del derecho a la intimidad por la toma de muestras corporales. Analiza la alegación de haberse tomado una muestra sin consentimiento informado ni autorización judicial, rechazándola a la vista del contenido de las actuaciones judiciales. Suficiencia de la prueba de ADN, en unión con otras corroboraciones, para determinar la culpabilidad del recurrente.

«Merece reseñarse que en esta última decisión [decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso Van der Velden c. Países Bajos] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) aceptó que la obtención de una muestra bucal puede constituir una intromisión en la intimidad del demandante, dado que la sistemática retención de este material y el perfil de ADN excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres tales como las huellas digitales y es suficientemente invasiva para considerarla una intromisión en la vida privada en los términos del art. 8.1 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 2).

»Hemos afirmando que para que el consentimiento pueda calificarse de eficaz debe ser libre y voluntario (STC 211/1996, de 7 de marzo), y además, como pre-condición de validez, para que el consentimiento pueda ser considerado como libre y voluntario, debe tratarse de un consentimiento informado (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5). (...) el carácter informado del consentimiento es una consecuencia que derivaría de la finalidad de la propia diligencia de investigación: la obtención de una muestra biológica para el posterior análisis pericial de ADN es una diligencia de investigación criminal. Su fin es obtener información (perfiles identificadores) que permita el esclarecimiento de hechos delictivos, pasados o incluso futuros (mediante la conservación de los mismos en una base de datos). (...). La obtención de la muestra se llevó a cabo en el marco de una investigación criminal con el fin de determinar la eventual participación del recurrente en los hechos objeto de imputación. El examen del contenido del acta policial de obtención de muestras biológicas permite constatar que el recurrente fue informado no solo del tipo de intervención corporal que se iba a practicar (un frotis bucal con un hisopo de algodón), sino también del fin de la diligencia. (...). Información que resultaba suficiente al precisar la finalidad de la diligencia que se iba a practicar. Al mismo tiempo se le informó que los perfiles genéticos del recurrente se cotejarían con los existentes en la base de datos de ADN.

»En definitiva, se aprecia en el presente caso prueba de cargo suficiente para la condena del recurrente por los referidos tipos penales de homicidio y robo con violencia (...), consistente en el resultado de los análisis de ADN que le fueron realizados, corroborado por la ponderación judicial de otras pruebas, elementos probatorios de los que se infiere razonablemente su culpabilidad».

Sentencia de 14 de febrero de 2005 (Roj: STC 29/2005 – ECLI:ES:TC:2005:29)

N.º: 29/2005 N.º de Recurso: 6002/2002. Ponente: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS

Procedimiento: Recurso de amparo

Comentario: la sentencia recuerda la doctrina asentada desde la STC 7/1994 sobre el valor de la negativa al sometimiento a la prueba biológica de paternidad y su adecuación a la norma constitucional. En el caso, concede el amparo frente a la resolución del Tribunal Supremo que declaró la paternidad con el solo sustento en la negativa, sin otra apoyatura, al apartarse de una línea jurisprudencial consolidada vulnerando el derecho a la igualdad. Incorpora la doctrina del Tribunal Supremo (civil) sobre el valor de la negativa a someterse a prueba de paternidad.

«Idéntica conclusión se alcanza en relación con la STC 95/1999, de 31 de mayo , en la que el Tribunal, de conformidad con la doctrina recogida en la STC 7/1994, de 17 de enero, y reiterando además precedente doctrina constitucional, declaró que “cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos

hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el art. 135, *in fine*, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (AATC 103/1990 y 221/1990)” [FJ 2].

»Pues bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida en amparo, al atribuir al ahora demandante la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa de este a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquella y esta, se ha separado de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial, de la que son exponentes, entre otras muchas, las Sentencias que se citan en la propia Sentencia impugnada y las que, además, invoca el demandante de amparo, que no solo se venía manteniendo con normal y total uniformidad antes de adoptar esta decisión divergente ahora recurrida en amparo, sino que también se ha continuado con posterioridad y persiste en la actualidad. Doctrina jurisprudencial según la cual, como ya hemos tenido ocasión de reflejar, la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a aquéllas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta (por todas, SSTs 8 de marzo de 1995; 11 y 28 de mayo de 1999; 26 de junio de 1999; 2 de septiembre de 1999; 17 de noviembre de 1999; 22 de mayo de 2000; 22 de noviembre de 2000; 24 de mayo de 2001; 3 de noviembre de 2001; 27 de diciembre de 2001; 17 de julio de 2002; 7 de julio de 2003; 11 de marzo de 2003; 11 de septiembre de 2003; 1 de octubre de 2003; 29 de junio de 2004; 2, 6, 7, 9, 5 y 16 de julio de 2004; 1 de septiembre de 2004)».

TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

SENTENCIA de 14 de octubre de 2005 (ROJ: STS 6158/2005 – ECLI:ES:TS:2005:6158)

N.º 1311/2005. Recurso: 739/2005. Ponente: JOSE ANTONIO MARTÍN PALLÍN

Comentario: la sentencia valida la recogida de muestra expulsada por sospechoso, sin necesidad de autorización judicial, en un caso ocurrido con anterioridad a la vigencia de la LO 10/2007. Se descarta la vulneración del derecho a la intimidad porque, aun teniendo en cuenta las potencialidades de uso de la muestra para la obtención de datos genéticos sensibles, la obtención del perfil genético solamente tuvo como finalidad la identificación del sujeto.

«Como pone de relieve el propio recurrente 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 (...).

»4. El primer aspecto que se denuncia es el relativo a 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 (...).

Sentencia de 14 de febrero de 2006 (ROJ: STS 760/2006 – ECLI:ES:TS:2006:760)

N.º 179/2006. Recurso: 566/2005. Ponente: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO

Comentario: derecho a la intimidad: no se afecta ese derecho cuando el análisis de ADN se ciñe a fines identificadores en el seno de la investigación policial de un delito grave. Confirma la decisión del pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006. Mera irregularidad procesal no invalidante de la prueba en caso de infracción del art. 282 LECrim.

»Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

»Esa ha sido la decisión de la Sala 2.ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año (...).

»5. 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 L.E.Cr., 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 1.º 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 de 19 de abril de 2005. (...).».

SENTENCIA de 4 de octubre de 2006 (ROJ: STS 6190/2006 – ECLI:ES:TS:2006:6190)
N.º 949/2006. Recurso: 10203/2006. Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Comentario: reitera la jurisprudencia anterior en relación con el derecho a la intimidad y el *habeas data*. No se necesita intervención judicial para la recogida de unas colillas abandonadas espontáneamente para la determinación del ADN a partir de saliva, pues dichos objetos pasan a convertirse en *res nullius* y pueden intervenirlos policialmente sin autorización judicial. Valoración del ADN como indicio relevante, no como prueba única de la autoría. La falta de explicación alternativa plausible a los indicios apuntala el juicio de inferencia.

«La doctrina sentada en la sentencia 501/2005 de 19.4, ha sido sometida a revisión por esta Sala, a raíz de la posterior sentencia 1311/2005 de 14.10, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, y la 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, precisando que 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 unos sucesos totalmente imprevisibles. Los restos de saliva en las colillas de los cigarrillos o en un vaso se convierten así en objetos procedentes del cuerpo de los sospechosos pero obtenidos de forma totalmente inesperada. El problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, a quien se le imputa».

«SÉPTIMO: sin embargo, en el caso actual concurre un indicio especialmente significativo, cual es que el perfil genético hallado en las prendas que utilizaron los autores del hecho para ocultar sus rostros coincide con las muestras recogidas a los recurrentes. La pericia de ADN constituye una prueba plena en lo que respecta a la acreditación de que la persona a que se refiere ha estado en contacto con el objeto en que la muestra ha aparecido (...).

»Ahora bien, la conexión de estos datos con la atribución a la persona a la que pertenece el perfil genético hallado en las muestras, de la participación en el hecho delictivo, necesita, sin embargo, un juicio lógico inductivo sólidamente construido del que pueda deducirse, sin duda racional alguna, que por el lugar en que se encontró la muestra o por el conjunto de circunstancias concurrentes, esta necesariamente procede del autor del hecho delictivo.

Por el contrario, cuando la prueba de ADN es la única existente y es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria».

Sentencia de 3 de diciembre de 2009. (Roj: STS 7710/2009 – ECLI: ES:TS:2009:7710)

N.º de Recurso: 10663/2009. N.º de Resolución: 1190/2009 Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Comentario: la Policía Judicial puede recoger por sí los vestigios del hecho delictivo, sin necesidad de presencia de fedatario judicial. La cadena de custodia puede acreditarse por prueba documental y testifical. Valoración de la prueba: inferencia de la culpabilidad a partir de testimonios en unión a la prueba de ADN: la falta de explicación alternativa refuerza los indicios.

«Como ya dijimos en SSTs. 1337/2005 de 26.12 y 1281/2006 de 27.12 no es precisa la intervención de Secretario judicial en la inspección ocular realizada por la Guardia Civil. La Policía Judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría, y para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración como expresamente se recoge en el art. 282 de la LECrim que expresamente faculta a la Policía Judicial para “recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial” (...).

En tal sentido pueden citarse las sentencias de esta sala de 7.10.94, 9.5.97 y 26.2.99, 26.1.2000 que recuerdan que los arts. 326 y 22. LECrim. se han de poner en relación con los arts. 282 y 786.2 (actual art. 770.3) del mismo texto legal y con el Real Decreto 769/87 de 17.6, regulador de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se puede llegar a establecer que la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Estimación que no quebranta el art. 326 LECrim. ni se causa indefensión, por el hecho de que los vestigios hallados por los especialistas en identificación, sean remitidos a los respectivos gabinetes científicos (...).

«Por tanto la presencia del secretario es requisito necesario para la validez de esta actuación como prueba preconstituida, pero no para la validez de una diligencia policial como mero acto de investigación y así al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio, aunque se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación».

«TERCERO: en relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la “mismidad” de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye».

Sentencia de 22 de febrero de 2010 (ROJ: STS 913/2010 – ECLI:ES:TS:2010:913)

N.º: 151/2010. Recurso: 2005/2009. Ponente: MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Comentario: el tribunal valora la negativa del acusado a someterse a prueba de ADN. No es por sí mismo un indicio del hecho a acreditar, pero puede reforzar la inferencia realizada por el tribunal sobre la autoría. No hay vulneración del derecho a la no autoincriminación ni a la integridad física por el sometimiento a prueba de ADN.

«En el ámbito penal, la STS 1697/1994, 4 de octubre, valoró la negativa a someterse a la prueba de ADN, en unión de otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria “... apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la

presunción *iuris tantum* de inocencia consiste”. En línea similar, la STS 107/2003, 4 de febrero, recordó que “... cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatorio o totalmente exculpatorio, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador”. Puede también traerse a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders versus Reino Unido), que en su parágrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento, de sangre y de orina (...).

»Más allá de la discutible calificación por algunos de ese silencio o de las explicaciones inverosímiles como indicios endoprocerales, lo cierto es que su adecuada ponderación es obligada, no como indicio o contraindicio, sino como elemento de respaldo de la inferencia probatoria obtenida por el Tribunal a partir de los verdaderos indicios. Reiterando la doctrina expuesta en la Sentencia 1736/2000 de 15 de noviembre, la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad —ellos mismos, y por sí mismos— de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia».

Sentencia de 2 de febrero de 2010 (ROJ: STS 925/2010 – ECLI:ES:TS: 2010:925) N.º: 158/2010. Recurso: 11183/2009. Ponente: ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR

Comentario: la sentencia rechaza la valoración de la autoría del tribunal de instancia, dado que, pese a los reconocimientos judiciales en rueda, la prueba de ADN desmentía la implicación del acusado en una de las tres violaciones que se le imputaban. La prueba de ADN, en este caso, tiene un potente efecto exculpatorio.

«TERCERO. 2. En segundo lugar al examinar la prueba de descargo la Sala valora incorrectamente los datos suministrados por los informes periciales de ADN: El informe (...) estableció dos conclusiones: 1º) que el perfil genético obtenido de la primera muestra “no es compatible” con el de la segunda; y 2º) que el haplotipo de cromosomas “Y” de la muestra indubitada “no es coincidente” con el obtenido en los restos del jersey. Un segundo informe (...) estaba de acuerdo en cuanto a la conclusión primera, por lo que establecía como conclusión final que “el perfil genético obtenido a partir de la muestra indubitada” del acusado “NO ES COMPATIBLE con la mezcla de perfiles genéticos obtenida en el jersey cuyo análisis fue objeto del informe pericial” de la policía.

»La coincidencia entre los dos peritajes estriba en que ambos mantienen que los perfiles genéticos de una y otra muestra no son compatibles. De donde resulta necesariamente la imposibilidad de que pertenecieran al acusado los restos prostáticos dejados por el agresor sexual en el jersey de la segunda víctima.

»Tiene, por lo tanto, razón el recurrente al poner de relieve que el perfil genético es singular en cada individuo y siempre idéntico en cada célula de este. Cuando no coincide el del acusado con el que aparece en el análisis biológico de los restos encontrados la ciencia afirma radicalmente y sin fisuras que debe excluirse que estos restos le pertenezcan. Cuando no coinciden, como sucede en este caso, la certeza de que no le pertenecen es absoluta.

»La Sala de instancia se equivoca al no diferenciar entre la prueba de ADN con obtención del cromosoma “Y” con marcadores escasos y que pueden originar reservas o dudas, y una prueba de obtención del perfil genético esclarecedor de cualquier duda por ser único de cada individuo».

Sentencia de 7 de julio de 2010 (ROJ: STS 3971/2010 – ECLI:ES:TS:2010:3971)

N.º: 685/2010. Recurso: 558/2010. Ponente: MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Comentario: reitera y resume doctrina jurisprudencial sobre la facultad de la policía para recoger por sí muestras del delito y el régimen de la toma de muestras indubitadas. No hubo ruptura de la cadena de custodia. La prueba de ADN no fue el único indicio contra los acusados.

«Este precepto [art. 363 LECRIM], pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes y decididamente abordadas en el derecho comparado, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio ya proclamado por esta Sala, el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN. De acuerdo con su contenido, 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 este 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 este niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. 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».

Sentencia de 22 de junio de 2011 (ROJ: STS 4570/2011 – ECLI:ES:TS:2011:4570)

N.º 680/2011. Recurso: 11074/2010. Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER

Comentario: reitera doctrina jurisprudencial sobre el régimen de la toma de muestras. Analiza la alegación de irregularidades en la toma de la muestra indubitada que determinó el perfil genético del acusado, obtenida en un proceso distinto, concluyendo que no cabe presumir que esta no respetó las prevenciones legales. Impugnación que se produjo en el escrito de defensa y sin concretar las supuestas irregularidades.

«PRIMERO. (...) 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 1.999, 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».

Sentencia de 26 de julio de 2011 (ROJ: STS 5782/2011 – ECLI:ES:TS:2011:5782)

N.º: 880/2011. Recurso: 202/2011. Ponente: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR

Comentario: uso de datos preexistentes en el fichero de ADN: reiteración de la doctrina establecida en la STS 827/2011. Falta de impugnación en el momento oportuno; además, quedó acreditada la aportación voluntaria de la muestra en el primer proceso. Considera razonable la inferencia de la culpabilidad que hace la sala de instancia sobre la participación en atentado terrorista, a partir del hallazgo del perfil genético en guantes de látex hallados junto al artefacto explosivo.

«En suma, el acceso a la base no fue cuestionado en momento procesal hábil, la huella fue obtenida con todas las garantías, en tanto se prestó voluntariamente a tal análisis el procesado, sin que, en consecuencia, fueren necesarias las prevenciones del art. 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la base o registro ha de considerarse con presunción de exactitud *iuris tantum* en cuanto a los datos que se incorporen a la misma, en tanto no se combatan en el momento procesal hábil para su contraste, y en el caso enjuiciado, la toma de muestras y obtención y suministro de datos a la base se había realizado en procedimiento diferente a aquel en donde surtían sus efectos, apareciendo la huella como indubitada.

»Desde esta perspectiva, la razonabilidad de la inferencia es patente: la experiencia y el discurso lógico llevan a la conclusión que, si los guantes de látex son del acusado, la conclusión es que ha sido él quien ha colocado los artefactos, sin que puedan valorarse las complejas alternativas que se ofrecen en el desarrollo del recurso (...)».

Sentencia de 25 de octubre de 2011 (ROJ: STS 7287/2011 – ECLI:ES:TS:2011:7287)

N.º: 827/2011 – Recurso: 10759/2011. Ponente: MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Comentario: uso de datos preexistentes en el fichero de ADN. No es necesaria una nueva toma de muestra indubitada cuando se cuenta con el perfil en la base de datos, sin perjuicio de su impugnación en el momento procesal oportuno. Reitera doctrina sobre toma de muestras de la STS 685/2010. La prueba de ADN se valora, junto con otras pruebas, como elemento corroborador de la autoría, determinada por el reconocimiento en rueda y en la vista oral del autor de los hechos.

»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.

»Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando esta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables —no la única— de impugnación. Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción *iuris tantum* que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos —así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre—, solo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, solo resultarán idóneas durante la instrucción.

»El juicio de autoría que la Audiencia ha proclamado respecto del recurrente está respaldado por una más que sólida base probatoria. De una parte, tiene por fundamento la declaración de la víctima, que en el acto del juicio oral identificó al acusado sin vacilación ni duda, reiterando así el reconocimiento efectuado en rueda durante la instrucción (...)

»La entrega de la navaja empleada por el recurrente —que no ha ejercido su derecho a declarar y, por tanto, a ofrecer una versión alternativa que le sitúe en un lugar distinto de aquel en el que se produjeron los hechos—, encierra otro elemento de corroboración que refuerza la credibilidad del testimonio de la víctima. Si a ello añadimos la coincidencia entre el resultado del análisis de las muestras biológicas de ADN, obtenidas a partir de los restos biológicos identificados por la policía en el lugar de los hechos, y el perfil genético del acusado, que constaba inscrito en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, la afirmación de la autoría de Eutimio no es sino el resultado de una apreciación probatoria obtenida conforme a las reglas que disciplinan la valoración racional de la prueba».

Sentencia de 20 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8847/2011 – ECLI:ES:TS:2011:8847)

N.º: 1367/2011. Recurso: 11088/2011. PONENTE: FRANCISCO MONTERDE FERRER

Comentario: reitera la doctrina jurisprudencial sobre la habilitación legal de la policía para la recogida de muestras y la regularidad de la cadena de custodia, pese a que en el caso la prenda con la muestra biológica la proporcionó la víctima a través de su letrado, que la entregó el juzgado, estando acreditada toda la cadena de custodia hasta

que la prenda llega al laboratorio. Valoración de la prueba de ADN: en el caso, es un elemento corroborador de la realidad y autoría de los hechos, determinada a partir de la declaración de la víctima.

«En este caso no ha existido diligencia sumarial de inspección ocular, por lo que el alegado artículo 326 párrafo 3.º LECrim no tiene aplicación, ya que presupone que el Juez está presente en el lugar del crimen haciendo esta diligencia. El proceso penal busca la verdad material, y en los casos de ropa no abandonada en la escena del crimen con restos biológicos, lo normal es que esté en el domicilio de quien la llevaba puesta; y en los delitos contra la libertad sexual en poder de la víctima, que es quien la entrega a la policía o a la autoridad judicial, que es lo que ha sucedido en este caso, en el que es D.ª Otilia la que entrega la prenda a su abogado, quien la presenta en el Juzgado».

Sentencia de 9 de julio de 2012 (ROJ: STS 4844/2012 – ECLI:ES:TS:2012:4844)

Sentencia: 607/2012. Recurso: 10127/2012. PONENTE: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR

Comentario: reitera la doctrina jurisprudencial sobre la toma de muestras por la policía, en un caso en el que las muestras biológicas atribuidas al acusado se obtuvieron de dos botellas de agua utilizadas por este, una de ellas en el juzgado, cotejándose con las abandonadas por el supuesto autor de un delito de asesinato. Analiza con detenimiento la regularidad de la cadena de custodia de las citadas muestras y la doctrina jurisprudencial al respecto. Los marcadores obtenidos no fueron parciales, pero sí suficientes para afirmar la autoría, en unión a otros elementos probatorios.

«Ha de tomarse en consideración que los marcadores hallados en la taza no fueron totales, pero sí fueron suficientes para establecer las comparaciones estadísticas de este tipo de prueba científica, que como en el caso de las huellas dactilares, ofrecen el contorno procesal de una prueba indirecta, en tanto que sitúan al sospechoso en la escena del crimen. Las probabilidades antedichas, uno de cada cuatro españoles responde a tal secuencia genética, es decir, uno de entre 11.4 millones, e incluso con la pericial de la defensa, uno por cada 5.68 millones, arrojan un enorme valor identificativo, máxime cuando es un hecho acreditado mediante prueba testifical que el autor de los disparos fue un varón.

»Debemos convenir en que la valoración de este tipo de pruebas es libre, como el resto del acervo probatorio con que cuente el Tribunal sentenciador, si bien tiene un alto valor convictivo en función de su fiabilidad. Participa, como ya lo hemos dicho, de la naturaleza de prueba indirecta, pues no acredita por sí misma el juicio de autoría, pero de su resultado se infieren datos sustanciales para el esclarecimiento de la participación del acusado, ya que acreditan la plena identificación del mismo en el lugar de los hechos de forma indubitada, o su directa relación con el objeto del proceso, lo que constituye un punto sustancial de partida para la valoración del resto del patrimonio probatorio».

Sentencia de 15 de enero de 2013 (ROJ: STS 61/2013 – ECLI:ES:TS:2013:61)

N.º: 3/2013 Recurso: 10851/2012. PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA

Comentario: valoración de la prueba de ADN como indicio de la autoría en atentado terrorista. Perfil genético obtenido en una capucha confeccionada con un trozo de manga de camisa del recurrente, abandonada por uno de los autores, en la zona de la boca. En unión de otros indicios, entre ellos la relación del acusado con la banda terrorista ETA, se considera suficiente prueba de su participación en el hecho.

«Los restos de ADN fueron buscados, intencionadamente, y encontrados en el lugar que coincidiría con la boca del usuario de la capucha confeccionada con el trozo de manga de la camiseta. Y en ese lugar, solamente aparecieron restos de ADN del recurrente (...). Dato que autoriza a excluir, de forma muy cercana a la certeza absoluta, el uso de la capucha por otros, dadas las escasísimas posibilidades de que no hubieran quedado restos orgánicos, si alguien la hubiera utilizado para cometer el hecho y huir a la carrera como hicieron los autores, según resulta de la sentencia.

»Por otra parte, según se recoge en la sentencia, el recurrente es una persona vinculada al entorno terrorista (...). Es claro que este dato, por sí solo, nada demuestra en cuanto a su participación en los hechos, pero no permite considerar al recurrente como una persona completamente ajena a comportamientos y actitudes de esta clase, lo cual, de producirse, habría podido debilitar el poder demostrativo del indicio.

»En consecuencia, puede afirmarse que, en el caso, el indicio consistente en la aparición de restos de ADN del acusado, y solo del acusado, en la zona correspondiente a la boca de la capucha utilizada por uno de los autores para ocultar su identidad al cometer el hecho, tiene un significativo y especial poder de acreditación, por lo que el Tribunal de instancia entendió correctamente que la prueba disponible permitía considerar enervada la presunción de inocencia».

Sentencia de 31 de mayo de 2013 (ROJ: STS 3146/2013 – ECLI:ES:TS:2013:3146)

N.º: 491/2013. Recurso: 11091/2012. Ponente: JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN

Comentario: se reitera la consolidada doctrina sobre la validez de la recogida de muestras por la policía. Valoración de un perfil genético incompleto como indicio: partiendo de la licitud de la prueba, el tribunal confirma la autoría determinada a partir de un perfil genético incompleto, considerando que este tiene un valor identificativo que no es pleno, pero suficiente al resultar corroborado por los indicios concurrentes.

«SEGUNDO. (...) Pues el dato de que el análisis realizado, en concreto la calidad de la muestra dubitada empleada en este caso, no cumpliera los requerimientos que hoy se exigen, de acuerdo con el actual estado de la ciencia y para alcanzar un grado de certidumbre casi plena, no significa, obviamente, que el resultado que se obtuvo en aquella ocasión, cumpliendo con las exigencias entonces vigentes, carezca de cualquier valor identificativo.

»Este será menor que el que podría obtenerse en otras circunstancias, pero en cualquier caso otorga un grado de fiabilidad bastante elevado (...). Máxime si tenemos en cuenta que no nos hallamos ante una búsqueda generalizada y azarosa sino frente a la identificación de una persona en la que ya concurren otra serie de elementos, circunstancias y vinculaciones que harían aún mucho más remota esa posibilidad de error por indebida y desgraciada coincidencia.

»En realidad, estamos ante un porcentaje de certidumbre enormemente superior del que en tantas ocasiones, por desgracia, han de valerse los Tribunales de Justicia penales para basar sus conclusiones probatorias, en orden a la identificación del autor del hecho delictivo».

Sentencia de 10 de julio de 2013 (ROJ: STS 4006/2013 – ECLI:ES:TS:2013:4006)

N.º: 600/2013 – Recurso: 10079/2013. Ponente: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA

Comentario: aplicación del acuerdo de la sala II de 26 de mayo de 2009, sobre validez de diligencias realizadas en otros procesos aportadas por testimonio, a la toma de muestras indubitadas en otro procedimiento, rechazándose la impugnación por extemporánea.

«La inexistencia de planteamiento temporáneamente apropiado ha impedido debatir adecuadamente en la presente causa si las condiciones en las que fue realizado el requerimiento y la subsiguiente obtención de tales muestras (las indubitadas, obtenidas en otra causa) permitían entender que el recurrente disponía de la asistencia letrada que considerara necesaria antes de prestar, o no, su consentimiento, de manera que quedara excluida toda posible situación coercitiva en la práctica de esa diligencia».

Sentencia de 7 de octubre de 2013 (ROJ: STS 5677/2013 – ECLI:ES:TS:2013:5677)

N.º: 777/2013. Recurso: 10448/2013. Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

Comentario: la sentencia recorre la evolución jurisprudencial y legislativa en materia de toma de muestras, así como las consideraciones asentadas del tribunal derecho sobre la afectación al derecho a la intimidad, precisando que no es necesario ser imputado para ser sujeto pasivo de la toma, bastando la condición de sospechoso. La sentencia analiza si es precisa la autorización judicial para el análisis, concluyendo con la conveniencia de dicha autorización, dadas las dudas existentes y los intereses en juego, que la ley no exige explícitamente, por lo que su ausencia es a lo sumo una mera irregularidad que no vicia la prueba de nulidad. La mayor afectación del derecho a la intimidad aconsejaría la necesidad de autorización judicial cuando además del cotejo «uno contra uno» se pretende la inscripción en una base de datos.

«QUINTO. (...) la toma de muestras autorizada por la Disposición Adicional Tercera está preordenada legalmente al análisis. Escindir el régimen de una y otro no se colige ni de esa norma ni del Acuerdo de esta Sala. Entender que la doctrina de esta

Sala no exige autorización judicial para la obtención del vestigio cuando no comporta intervención corporal y sin razones de urgencia y, sin embargo, sí la requiera para la identificación del ADN no codificante a los únicos fines del cotejo “uno contra uno” no guarda coherencia. La citada Ley 10/2007 parece partir de ese presupuesto: facultad para obtener la muestra implica facultad para el análisis. Aunque es cierto, y la objeción es seria, que hay una diferencia sensible entre la obtención de la muestra y el análisis (este incide en la intimidad) que podría justificar un régimen distinto (...).

»(...) la disposición adicional comentada (...), permite deducir:

»a) Que no es necesario ser “imputado” para realizar actuaciones encaminadas a obtener muestras para determinar el perfil genético. Ya la reforma de 2003 se refería al “sospechoso” lo que es ahora reiterado, como un nivel inferior a la imputación formal (...).

»b) Que el régimen ha de ser diferente según se precise o no un reconocimiento o intervención corporal. Solo en este caso se requiere autorización judicial.

»c) Que a la lógica de la disposición es inherente el consiguiente análisis, como complemento natural de esa recogida de muestras, sin exigirse autorización judicial explícita.

»No se oculta la necesidad de una normativa que sea más clara y, si se quiere, incluso, más exigente ante medidas que potencialmente encierran una enorme potencialidad intrusiva. (...). Desde luego que ese análisis ajeno a la intervención judicial y que se mueve en espacios puramente policiales, sin perjuicio de la inexcusable obligación de información posterior al Instructor, ha de mantenerse al margen de la base de datos: solo cabrá su empleo en el cotejo de “uno contra uno” referido al caso específico en que han surgido las sospechas que justificaban la toma de la muestra (...).

«SEXTO. Han quedado ya sentadas las bases para la desestimación del motivo. Pero se hace necesaria una recopilación, no solo conclusiva, sino también complementadora:

»a) La recogida de muestras por parte de la policía con el fin de un examen biológico cuando se hace sin necesidad de intervención corporal no afecta por sí a derecho fundamental alguno, lo que hace que no sea imprescindible la autorización judicial. Constituye temática diferente las consecuencias que para garantizar la autenticidad de la prueba y la eventual incidencia en el derecho a un proceso con todas las garantías puedan arrastrar cuestiones como la ruptura de la cadena de custodia.

»b) En lo que es el análisis de esa muestra a fin de identificar el ADN nos movemos en un plano superior en que podrían ser idealmente aconsejables mayores exigencias. Existe ya una cierta incidencia en la intimidad que tendrá un nivel inferior cuando el análisis, como es lo habitual, se limita a los indicadores meramente identificadores y muy agresivo si se extendiese a todo el mapa genético (lo que en principio ha de

considerarse contrario a la Constitución por violación del principio de proporcionalidad). ¿Es necesaria la autorización judicial? Hay razones para plantearse la conveniencia de ese requisito, pero ni de la Constitución puede deducirse necesariamente su exigencia, ni la ley ha optado, al menos de forma claramente perceptible, por imponerlo. Aunque extremando el escrúpulo quisiésemos inducir una regla normativa no explícita pero inherente a la regulación de esta materia a tenor de la cual debería exigirse esa habilitación jurisdiccional, en este caso, a la vista del estado de la cuestión en la ley y en la jurisprudencia, eso no podría determinar en modo alguno la nulidad de esa prueba en este caso (STC 22/2003, de 10 de febrero). (...)

»c) En un tercer escalón que ha de ser tratado con mayor rigor se sitúa lo que es la comparación de ese ADN meramente identificador no con una muestra obtenida de unos hechos respecto de los que el afectado aparece como sospechoso por existir determinados indicios frente a él, sino de forma indiscriminada (inclusión en la base de datos). En ese caso queda comprometido lo que en la jurisprudencia constitucional ha llegado a adquirir el rango de derecho fundamental autónomo: la autodeterminación informativa. En este nivel al ser mayor la incidencia en derechos fundamentales los condicionantes han de incrementarse. Habrá que optar por una interpretación más restrictiva y estar a lo dispuesto en la legislación de 2007 y a las pautas fijadas por la jurisprudencia internacional. (...)

»Como se puede observar hay un cambio cualitativo entre lo que es la obtención del perfil genético para compararlo en una investigación concreta con el atribuible al autor desconocido (uno contra otro), y lo que es la conservación del mismo introduciéndolo en la base de datos».

Sentencia de 10 de octubre de 2013 (ROJ: STS 5078/2013 – ECLI:ES:TS: 2013:5078)

Nº: 709/2013. Recurso: 10203/2013. Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Comentario: expone ampliamente la doctrina jurisprudencial sobre la toma de muestras y los requisitos, siguiendo la línea de la STS 685/2010. Reitera, asimismo, la doctrina referida al uso de perfiles indubitados incorporados en la base de datos en otro procedimiento, y las posibilidades de impugnación de este. Valoración de la prueba de ADN: en el caso, la prueba de cargo la constituye la declaración de la víctima, siendo la coincidencia del perfil genético dubitado encontrado en la uña de la víctima, que arañó al agresor, y otros elementos periféricos, corroboración de su versión.

Sentencia de 10 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6351/2013 – ECLI:ES:TS:2013:6351)

N.º: 948/2013. Recurso: 10342/2013. Ponente: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

Comentario: el Tribunal Supremo reproduce su doctrina sobre la toma de muestras y el régimen de impugnación de la inscripción de la base de datos policial, cuando el contraste se realiza con una muestra indubitada en otro proceso. En el presente caso,

el recurrente impugnó reiteradamente en fase de instrucción la corrección de dicha inscripción y se ofreció para una toma de muestra que conllevara un nuevo análisis para obtener su perfil genético, pese a lo cual la prueba fue denegada. Por tal motivo, se declara la nulidad de las actuaciones, que se reponen al momento de la proposición de prueba, a fin de que se practique la pericial instada por la defensa.

«Sin embargo, dicha prueba no puede considerarse suficiente, a los efectos de justificar la denegación de la prueba solicitada por la defensa, por innecesaria, cuando el propio acusado cuestione sus resultados y solicite expresamente, en uso de su derecho de defensa, la práctica de la prueba en el proceso actual, ofreciéndose para la toma de muestras. En este caso no se aprecia razón alguna para que la prueba de ADN, manifiestamente decisiva y solicitada por el propio acusado, no se practique en la causa enjuiciada, con todas las garantías, control judicial y participación de las partes, en lo que sea procedente, y sea sustituida por un simple contraste realizado sobre la base de una toma de muestras procedente de una causa anterior. Máxime cuando la posibilidad de error, aunque escasa, no es descartable, y cuando pueden existir vicios que afecten a la toma de muestras precedente, vicios que se podrían subsanar fácilmente atendiendo la solicitud probatoria efectuada por el propio acusado».

Sentencia de 11 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4722/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4722)

N.º: 734/2014 N.º de Recurso: 289/2014. Ponente: PERFECTO AGUSTÍN ANDRÉS IBÁÑEZ

Comentario: se aplica el acuerdo de pleno no jurisdiccional de 24 de septiembre de 2014, reconociendo la necesidad de asistencia letrada para la toma de muestras indubitadas, en este caso obtenidas en otros procesos, dando lugar a la inscripción de los perfiles genéticos en la base de datos, pero con un límite preclusivo: la fase de instrucción. En el caso, la impugnación se anunció en los escritos de defensa y se desarrolló en el trámite de las cuestiones previas, fuera del indicado plazo, por lo que se rechaza la tacha de ilicitud y se revoca la sentencia absolutoria de la instancia para que se valore la prueba genética. Votos particulares de Perfecto Andrés Ibáñez rechazando el límite preclusivo y de Juan Manuel Berdugo cuestionando la necesidad de asistencia letrada en la toma de muestras.

«En efecto, pues, a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que este, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno del máximo de protección. Al igual que, por ejemplo, el domicilio, en tanto que espacio privilegiado de ejercicio de la intimidad, se encuentra igualmente tutelado frente a todo tipo de invasiones, incluidas las que pudieran producir un efecto banal en sus consecuencias últimas (...).

»Por eso, y por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, el consentimiento del afectado detenido debe ser consentimiento asistido (por todas, SSTs 96/1999, de 21 de enero y 1962/2001, de 23 de octubre). En efecto, pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser incriminatorio, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio. Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria, ya se ha dicho, importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole.

»Entiende el tribunal de instancia que el utilizado por las partes fue un tiempo procesalmente hábil, como apto para permitir que la controversia suscitada por la objeción de las defensas hubiera podido desarrollarse con respeto de las reglas de la buena fe procesal. Pero siendo esto cierto, lo es también que, en cambio, concluida la instrucción y dentro ya del juicio oral, en ese momento, no cabía el recurso a la alternativa legal a la que acaba de hacerse referencia. Y tampoco la práctica de otras posibles diligencias de interés para las demás partes en la materia».

Sentencia de 10 de marzo de 2015 (Roj: STS 1398/2015 – ECLI:ES:TS: 2015:1398)

N.º: 160/2015 N.º de Recurso: 10716/2014 Ponente: JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA

Comentario: las irregularidades en la cadena de custodia o vulneraciones de los protocolos establecidos o normas reglamentarias no vician de nulidad la prueba, ya que lo relevante para el tribunal es que se garantice la «mismidad de la prueba». En este caso, las declaraciones de testigos y peritos fueron suficientes para acreditar la cadena de custodia.

»En relación a las “formas” o protocolo que ha de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que con propiedad se puede denominar genéricamente «cadena de custodia», no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, —STS de 4 de Junio de 2010— (...).

»La jurisprudencia de la Sala es reiterada en la doctrina expuesta y así la STS 587/2014 de 18 de Julio, en referencia directa a la Orden del Ministerio de Justicia 1291/2010 de 13 de Mayo que se cita por el recurrente, tiene declarado que el protocolo de dicha Orden en modo alguno determina la validez o nulidad de los actos procesales de prueba, porque el cumplimiento del protocolo de recogida de las pruebas de convicción para su remisión al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses que trata de garantizar la “mismidad” de los vestigios no puede quedar subordinada al estricto cumplimiento de una norma reglamentaria que por su propia naturaleza no puede mediatizar la conclusión jurisdiccional acerca de la integridad

de esa custodia, y como también tiene declarado la STS 600/2013, las declaraciones testificales pueden ser hábiles para acreditar el mantenimiento de la cadena de custodia excluyendo dudas razonables acerca de la identidad y coincidencia de las muestras recogidas».

Sentencia de 3 de noviembre de 2016 (Roj: STS 4726/2016 – ECLI:ES:TS: 2016:4726)

N.º de Resolución: 834/2016. Recurso: 838/2016. Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO

Comentario: la sentencia describe las líneas básicas de la doctrina jurisprudencial atinente a la licitud de tal obtención de fuentes probatorias y posterior uso de los medios de prueba a ellas vinculados, distinguiendo entre los distintos niveles de intervención y sus requisitos (obtención de muestras, análisis, inclusión en la base de datos). En el caso, se admite que la muestra indubitada se obtuvo en otro procedimiento, en el que no hubo asistencia letrada, lo que afecta a la licitud de la obtención, aunque se produjera antes del acuerdo del pleno de 24 de septiembre de 2014 que exigió la asistencia letrada, al no ser dicho acuerdo constitutivo sino declarativo y, por tanto, no suponer una aplicación retroactiva. Sin embargo, la alegación de la defensa se efectuó una vez finalizada la instrucción, dictado auto de conclusión del sumario, por lo que no es atendible, lo que conduce a estimar el recurso del Ministerio Fiscal, ordenando a la sala que valore la prueba genética. La sentencia sostiene la posibilidad de que, en su caso, se hubiera procedido en fase de instrucción a reiterar la toma de la muestra indubitada. Voto particular (Antonio del Moral): se discrepa de la ilicitud de la prueba dadas las dudas existentes sobre la asistencia letrada antes del acuerdo plenario del Tribunal Supremo. Se discrepa asimismo de que la ilicitud dependa de la denuncia realizada en fase de instrucción y no en un momento ulterior del proceso y de la posibilidad.

«En conclusión:

»La norma vigente al tiempo de la extracción de muestras indubitadas al acusado no autorizaba a prescindir de la asistencia de Letrado si el sospechoso estaba detenido.

»La Jurisprudencia dictada a partir del acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo no tenía naturaleza constitutiva, sino, meramente declarativa del derecho vigente. De ahí que la adopción de la misma desde entonces a casos de fechas anteriores no constituya un caso de retroactividad.

»La denuncia de vulneración de derechos fundamentales debe admitirse, dada la relevancia axiológica de estos, con la mayor flexibilidad posible.

»La preclusión, de menor entidad axiológica como principio meramente procedimental, debe imponerse en el contexto de defensa de otros valores, como el de contradicción. En ese sentido, cuando la denuncia se hace en tiempo hábil para que pueda articularse una actividad efectiva de contradicción, aquella ha de tenerse por temporánea».

Voto particular:

«Mi opinión discrepante se articula en tres aseveraciones que conviene enunciar en el pórtico de estas líneas:

»a) Antes de la última reforma ni la ley exigía esa asistencia letrada, ni se podía deducir con claridad de principios inherentes al sistema. Así lo entendió el Tribunal Constitucional con lo que ello comporta (art. 5.1 LOPJ).

»b) Incluso, desde la posición contraria —debía exigirse asesoramiento de abogado—, la cuestión se presentaba de forma tan confusa en la fecha en que se produjo la intervención corporal aquí cuestionada (2010), que no podía imponerse a los miembros de la guardia civil que actuaron conforme a la práctica entonces generalizada, el acierto en la interpretación de la norma. Esto obliga a modular (excepción de buena fe) el mandato anulatorio del art. 11.1 LOPJ.

»c) De cualquier forma y al margen ya del asunto concreto, en general las nulidades producidas en la introducción de un perfil en la base policial de datos de ADN no debieran poder convalidarse por el hecho de que no hayan sido denunciadas en una determinada fase del proceso. De denunciarse, no debe permitirse la subsanación mediante la reiteración de la injerencia y ulterior comparación de perfiles genéticos ya bajo supervisión judicial, cuando la conexión entre el imputado y el hecho punible investigado descansaba únicamente en la coincidencia de ADN detectada a raíz de la inclusión en la base».

Sentencia de 19 de enero de 2017 (Roj STS 189/2017 – ECLI: ES:TS: 2017:189)

N.º de Resolución: 11/2017 N.º de Recurso: 10371/2016. Ponente: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

Comentario: la impugnación de la prueba de ADN lleva a la sentencia a realizar un amplio resumen de la doctrina jurisprudencial sobre obtención de muestras de ADN y sus garantías legales, que concluye con una mención a la posibilidad de actos de compulsión personal, que reproducirá la STS 120/2018, analizada a continuación. Se rechaza la impugnación, pues la muestra indubitada no se obtuvo en otro proceso, sino en este, y con todas las garantías de la asistencia letrada. También se analiza la cadena de custodia y el valor indiciario de la prueba de ADN. Valoración de la prueba: en el caso, las circunstancias del objeto en el que se encontró el perfil genético del acusado mezclado con el de la víctima permite inferir su autoría en un delito de asesinato.

«La lectura del renovado art. 520. 6º de la LECrim. permite afirmar que el legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis del CP. De ahí que cobre especial importancia

que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas —cuando ya es inviable el contraste— basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado. Sobre todo, si lo fue ante letrado que, en el legítimo ejercicio del derecho de asistencia letrada, no consideró oportuno reflejar una protesta formal en el acta mediante el que se documentó esa diligencia de investigación.

»Desde la perspectiva de la efectividad probatoria del análisis de ADN en el caso actual, tampoco cabe duda alguna. Los vestigios de ADN del acusado se encontraron en dos puntos de la cuerda utilizada para maniatar a la víctima, precisamente mezclados con el ADN de esta, lo que pone de relieve, de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, que ambos cuerpos estuvieron en contacto, por lo que deducir que fue el acusado el que utilizó la cuerda para atar a la víctima constituye una conclusión racional y lógica, máxime cuando no existe ninguna otra muestra de ADN en las cuerdas, y cuando los vestigios no aparecen en un solo punto sino en dos, mezclados en ambos casos con el ADN de la víctima».

Sentencia de 18 de octubre de 2017 (Roj: STS 3738/2017 – ECLI:ES:TS: 2017:3738)

N.º: 682/2017 N.º de Recurso: 10129/2017. Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Comentario: la sentencia valora la relevancia de la prueba de ADN como indicio relevante, que necesita de un juicio lógico deductivo, sólidamente construido, para concluir con la autoría de los hechos delictivos.

«En efecto habrá de recordarse —dice la STS 286/2016 de 7.4— que los análisis de ADN forman parte de una prueba pericial que, como tal, deberá ser valorada. En este caso las cuestiones que son incontrovertibles para la ciencia deberá tenerlas así el Juez. Por ejemplo, cuando los marcadores genéticos de una persona contrastados con los aparecidos en el lugar de los hechos no coinciden, la ciencia afirma radicalmente que debe excluirse que las muestras biológicas encontradas en el lugar de los hechos pertenezcan al sospechoso. Por el contrario, si ambas muestras coinciden, la ciencia nos proporciona una alta probabilidad estadística. La prueba pericial de ADN es una prueba basada en conocimientos científicos y ha de someterse su valoración por el Juez a las limitaciones indicadas, pues el principio de libre valoración de la prueba no permite que el Juez vaya por caminos contrarios a los que para la ciencia son indiscutibles —lo que podría ser impugnado por la vía del art. 849.2 LECrim.— (...).

»Como conclusión, respecto al valor probatorio de la prueba de ADN debe considerarse que constituye un indicio especialmente significativo, es decir de “una singular potencia acreditativa” debiendo admitirse su efectividad para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto constituye prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en que la huella

genética se encuentra si éste es un objeto fijo, o permite esclarecer con seguridad prácticamente absoluta que sus manos —en el presente caso— han estado en contacto con la superficie u objeto en que aparecen, en el caso de objetos muebles móviles.

»La conexión de estos datos con la atribución al titular del vestigio genético de la participación en el hecho delictivo necesita, sin embargo, un juicio lógico deductivo, sólidamente construido, del que pueda deducirse, sin duda racional alguna que, por el lugar en que se encuentra aquel o por el conjunto de circunstancias concurrentes este necesariamente procede del autor del hecho delictivo. Por el contrario, cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles basadas en la incertidumbre el proceso valorativo debe decantarse por una sentencia absolutoria».

Sentencia de 21 de junio de 2017 (Roj: STS 2569/2017 – ECLI:ES:TS:2017:2569)

N.º de Resolución: 465/2017 N.º de Recurso: 2161/2016. Ponente: CARLOS GRANADOS PÉREZ

Comentario: la sentencia rechaza que la necesidad de asistencia letrada para el consentimiento informado en la toma de muestras biológicas de un detenido, determinada jurisprudencialmente y exigida por el art. 520.6 c) LECrim., sea extensible al imputado no detenido.

«Tampoco puede cuestionarse la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia por el hecho de que se hubiesen tenido en cuenta las conclusiones del informe pericial de ADN, ya que ninguna irregularidad se ha producido en la toma de muestras biológicas del imputado. Así, examinados los folios 59 y siguientes de las actuaciones puede comprobarse que se realizó una toma de muestra biológica del imputado D. Evaristo con su consentimiento informado, consistente en frotis bucal mediante hisopos estériles para realización de análisis de ADN, obrando la debida información sobre el alcance de dicha toma de muestras, mostrando su expresa conformidad el imputado, lo que confirmó con sus reiteradas firmas, no siendo cierto, como se señala en el recurso, que estuviera detenido, situación que en ningún momento se acordó como como puede comprobarse con la lectura de las actuaciones».

Sentencia de 16 de marzo de 2018 (Roj: STS 869/2018 – ECLI:ES:TS: 2018:869)

N.º: 120/2018. N.º de Recurso: 10625/2017 Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Comentario: describe y resume la doctrina jurisprudencial sobre la obtención de muestras y garantías legales, cadena de custodia y diversas cuestiones generales sobre la prueba de ADN, con cita de las resoluciones más relevantes sobre el particular: SS.TS de 7 de julio de 2010, núm. 685/2010, 709/2013 de 10 octubre, 948/2013 de 10 diciembre STS 11/2017 de 19 enero, entre otras. En el caso concreto, la impugnación sobre la falta de consentimiento en la toma de muestra indubitada en el proceso que

motivó su inserción en la base de datos, distinto de la presente causa, se rechaza al no constar claramente que el recurrente estuviera detenido, confirmando el criterio de la STS de 21 de junio de 2017, nº 465/2017, antes analizada. Además, en el caso hipotético de demostrarse que se encontraba detenido, considera que la muestra tomada en el mismo proceso con las garantías legales subsanaría la citada invalidez de la toma inicial.

«Y en todo caso aunque se asumieran las impugnaciones del recurrente en orden a la falta de acreditación de este extremo al no haber constancia de la hora exacta en que el juicio se celebró ni el momento en que se acordó una libertad provisional, y en relación a que la impugnación sobre la forma de obtención de la muestra indubitada sin que estuviera asistido del estado, la realizó en otros escritos que obran en la pieza de situación personal, lo cierto es que obra en las actuaciones, que tras la detención de Segundo, se practicó una nueva toma de saliva el 20 noviembre 2014, folio 26, tomo IV, cuyo resultado consta al folio 198 del tomo V, y el perfil genético de Segundo coincidía con el hallado en las muestras dubitadas del legins y guante negro encontrados en las proximidades del lugar del hecho. Toma de muestras asistido del letrado e intérprete a la que prestó el acusado su consentimiento».

AUDIENCIAS PROVINCIALES (PENAL)

AUDIENCIA PROVINCIAL CASTELLÓN DE LA PLANA, Sección 1.ª

Sentencia de 20 de marzo de 2013 (ROJ: SAP CS 288/2013 – ECLI: ES: APCS: 2013: 288)

N.º recurso: 983/2012. N.º resolución: 94/2013. Ponente: AURORA DE DIEGO GONZÁLEZ

Comentario: la sala recuerda que la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN establece que la inscripción en la base de datos policial de los datos identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere el apartado 1.º del artículo 3 de la citada ley, 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. Aun antes de la citada ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido que la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial, más aun cuando no hay constancia alguna, siquiera indicio, de que el Sr. Benito no hubiese prestado su consentimiento en la toma de muestra contenida en la base de datos, es más el mismo siquiera fue interrogado por su defensa por este concreto extremo lo que es indicativo de la naturaleza meramente impugnativa del motivo de nulidad invocado que no responde a la realidad de una instrucción defectuosa.

«El estudio de las actuaciones y en particular el testimonio prestado en el plenario por el Agente de Policía NUM000 acredita que la referida prueba se realizó por cotejo entre los restos de ADN hallados en un pasamontañas intervenido por la fuerza pública en las inmediaciones del lugar del robo y la base de datos de ADN. Las reticencias del apelante se refieren a la muestra indubitada argumentando que no hay constancia alguna en autos de cómo se tomó dicha muestra y las garantías que se observaron en la conservación, custodia, etc. No hay constancia alguna, siquiera indicio, de que el Sr. Benito no hubiese prestado su consentimiento en la toma de muestra contenida en la base de datos, es más este ni siquiera fue interrogado por su defensa por este concreto extremo lo que es indicativo de la naturaleza meramente impugnativa del motivo de nulidad invocado que no responde a la realidad de una instrucción defectuosa. El apelante en fase de instrucción debiera haber puesto de manifiesto sus suspicacias, instando la aportación de las actuaciones referentes a la toma de la muestra indubitada, pues está identificado el procedimiento penal en el que se adquirieron tales muestras, y, en lugar de ello, admitió tales actuaciones y las cuestionó al inicio del juicio oral, sin aportación probatoria que sustentase su impugnación, y en fase de apelación donde tampoco hay aporte probatorio. Por tanto, nos encontramos ante una impugnación de la validez de medios de prueba contraria a las reglas de la buena fe procesal que no surte efectos invalidantes sobre la prueba de ADN a que se refiere».

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BILBAO, Sección 2.^a

Sentencia de 9 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP BI 2043/2013 – ECLI: ES: APBI: 2013:2043)

N.º: 78/2013Nº recurso 8/2013. Ponente: MANUEL AYO FERNÁNDEZ

Comentario: no se toma en cuenta el ADN, tomado por los médicos forenses que asistieron al detenido, dado que para la toma de muestras no estuvo asistido de letrado.

«En este caso, la toma de muestras efectuada al acusado —de cabello, orina y mucosa bucal— no fue acordada judicialmente ni tampoco fue requerido el acusado por el Juez Instructor para prestar el consentimiento para su realización y se llevó a cabo por los médicos forenses que examinaron al acusado, estando detenido, en el ejercicio de su derecho a ser examinado por el médico forense, prestando ante estos profesionales lo que en el informe emitido —folio 128— se considera consentimiento informado, el cual puede tener una validez médico legal pero no en un proceso en que se respeten todas las garantías procesales. Al prestar consentimiento de esta forma, el acusado no fue asistido por su letrado, vulnerándose tanto el derecho a la defensa, y más en concreto el derecho a la asistencia letrada del detenido del artículo 17.3 de la Constitución, como el derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que no pueden ser considerados válidos ni producir eficacia probatoria los informes sobre resultados genéticos emitidos (...)».

AUDIENCIA PROVINCIAL BARCELONA, Sección 22.^a

Sentencia de 29 de julio de 2014 (ROJ: SAP B 9819/2014 – ECLI: ES: APB: 2014: 9819)

N.º recurso: 2/2014. N.º resolución: 353/2014. Ponente: PATRICIA MARTÍNEZ MADERO

Comentario: valoración de la prueba de ADN. En un caso de violación se obtuvo un perfil genético de una muestra dubitada de esperma coincidente con el del acusado, inscrito en la base de datos por razón de otro proceso. Sin embargo, la víctima negó que la persona identificada fuera el autor del hecho, por lo que el tribunal absuelve al tener dudas sobre cómo se llevó a cabo esa primera identificación del perfil genético por Mossos d'Esquadra.

«La disyuntiva a la que se enfrenta el Tribunal es precisamente la que planteó el Ministerio Fiscal en su informe: otorgar mayor valor probatorio a esta prueba pericial frente al rotundo testimonio de la víctima que descarta que el procesado fuera su agresor sexual, o en las dudas que se plantean absolver al mismo. Y como ya hemos anunciado el Tribunal se inclina por la absolución ante las dudas que pueden plantearse sobre cómo se llevó a cabo esa primera identificación del perfil genético por Mossos d'Esquadra en las Diligencias Policiales nº NUM005 y que se atribuyó a Romulo. Así tras analizar toda la causa no consta que se haya incorporado testimonio de tales actuaciones por lo que no podemos contrastar los datos de identificación del encausado en tales diligencias, y ello es relevante ya que en ocasiones tratándose de individuos extranjeros indocumentados, solo se cuenta con su manifestación sobre cuál es su nombre. No consta tampoco la reseña dactilar ni en esta causa ni de las diligencias policiales de las que se obtuvo el perfil genético, por lo que no hay garantía de que se trate de la misma persona.

»Entiende el Tribunal que el resultado del reconocimiento en rueda, con la víctima negando que quién constaba identificado en la base de datos policial como titular del perfil genético coincidente fuera su agresor, debió determinar que se recabara el ADN del procesado, Romulo, que se encontraba a disposición del instructor, y se practicara de nuevo ese dictamen comparando la muestra obtenida de forma indubitada de quién figuraba como procesado en la causa con el perfil genético obtenido en las muestras recogidas de Edurne».

AUDIENCIA PROVINCIAL ZARAGOZA, Sección 6.^a

Sentencia de 21 de noviembre de 2014 (ROJ: SAP Z 2443/2014 – ECLI: ES: APZ: 2014: 2443)

N.º 327/2014 N.º recurso: 249/2014. Ponente: ALFONSO BALLESTÍN MIGUEL

Comentario: es válido el contraste del perfil genético obtenido de una muestra dubitada con el perfil genético existente en la base de datos, que accedió en otro proceso con el consentimiento del afectado. Si la prueba pericial procedente de la actividad de los laboratorios oficiales del Estado no ha sido expresamente impugnada por la defensa, no

necesita su ratificación en el acto del juicio oral. La parte que impugne el informe pericial debe precisar los extremos y las razones de su impugnación.

«Se cuestiona por el apelante la validez de la prueba sobre ADN, esto es, del informe de Policía Científica obrante a los folios 53 y siguientes de las actuaciones, pero lo cierto es que, como consta en el mismo, se analizaron restos de sustancia recogida con las debidas garantías en el salpicadero del vehículo en el que se produjo el robo, poco después de ocurridos los hechos, hallándose un perfil de ADN coincidente con el de dicho apelante, tal como pudo comprobarse al contrastarlo con el perfil genético que había sido obtenido de una muestra indubitada del mismo, tras ser detenido por su presunta participación en otro robo con fuerza ocurrido en el mes de marzo de 2012.

»En estos casos, en los que el acusado ha consentido la toma de su ADN a los efectos de ulteriores cotejos identificativos, el archivo del mismo en las bases de datos policiales es perfectamente válido, y es por ello que, al constar unido a las actuaciones el informe pericial realizado para este caso por la Brigada Provincial de Policía Científica de Barcelona, ratificado en el acto del juicio por la agente policial que lo hizo, y en el que se ha evidenciado un perfil genético que, cotejado con la base de datos sobre restos biológicos indubitados, resultó ser del acusado, se considera por la Sala que el resultado de tal prueba de cargo es igualmente válido».

Madrid, Sección 7ª, de 6 de febrero de 2017 (ROJ: SAP M 108/2017-ECLI:ES:APM:2017:108)

N.º 70/2017. Recurso: 1703/2015. Ponente: FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

Comentario: valor identificatorio del cromosoma Y: aunque tiene menor poder identificador, se excluyó la posibilidad de que estuvieran implicados en los hechos otros varones de la línea paterna del acusado, además de concurrir otras pruebas de cargo sobre la autoría. Confirmada en STS 14/2018, de 16 de enero.

«Por otra parte, dado que lo obtenido era el haplotipo de cromosoma Y, se realizó por la Policía las gestiones pertinentes en relación con los familiares por vía paterna, ascendente y descendente, del acusado, pudiendo comprobarse que los únicos varones de la línea paterna del acusado vivos en el momento de la comisión de los hechos, se limitaban a un tío paterno: Jesús y los dos hijos varones del acusado (Fol. 2772 y ss.)

»La investigación descartó a los citados parientes por acreditar que no podían haber sido hipotéticos autores, ya que en las fechas de los hechos, no solo relativos a la menor TP 3, sino también TP 4 y TP 5, estaban en otros lugares. Así lo confirmó el citado tío en su declaración en la vista y las diligencias de posicionamiento de los móviles de los citados».

MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE JUSTICIA MI
TICIA MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE
DE JUSTICIA MINISTERIO DE JUSTICIA MI
ERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE
MINISTERIO DE JUSTICIA MI
TICIA MINISTERIO DE
DE JUSTICIA MI
ERIO DE
T