

BASE POLICIAL DE ADN Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA: EL CONSENTIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS

Police DNA database and informational self determination: the
consent for obtaining biological samples*

FRANCISCO RAMÍREZ PEINADO
Universidad de Granada
framirez_peinado@hotmail.com

Fecha de recepción: 12/06/2017
Fecha de aceptación: 23/06/2017

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN 0008-7750, núm. 52 (2018), 249-272

RESUMEN Este estudio pretende mostrar la disfunción producida en la aplicación de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, en relación a la obtención policial de muestras biológicas de personas detenidas. A partir del carácter obligatorio y automático de la inscripción de perfiles de ADN de sujetos sospechosos, detenidos o imputados (investigados), alcanzados en la investigación de los delitos predeterminados por la ley, se ha deducido un similar automatismo en la obtención de muestras biológicas provenientes de esos mismos sujetos para obtener el perfil genético inscribible, lo que afecta principalmente a personas detenidas. Esta actuación pudiera suponer una distorsión de las exigencias ligadas al consentimiento informado para dicha obtención, con vulneración del derecho fundamental a la protección de datos o de autodeterminación informativa.

Palabras clave: Base policial de perfiles de ADN, derecho a la protección de datos, inscripción, obtención de muestras biológicas, consentimiento informado.

ABSTRACT This study aims to point out the disfunction produced in the application of organic law 10/ 2007, which regulates the police base of identifiers obtained from DNA, in relation to the police obtaining biological samples of detained persons. Because of the compulsory and authomatic nature of the registration of DNA database of suspected, detained or charged reached in the investigation of the crimes predetermined by law, it has been derived a similar automatism in the obtaining of biological samples from the same subjects to obtain the registrable genetic profile, which mainly affects people who are detained. This action could lead to a distortion of the requirements related to

* Para citar/citation: Ramírez Peinado, F. (2018). Bases policiales de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp. 249-272.

informed consent for such obtaining, with infringement of the fundamental right to the protection of data or to informational self determination.

Key words: Police DNA database, right to data protection, registration, obtaining biological samples, informed consent.

1. INTRODUCCIÓN

El término *perfil genético*, como expresa Alonso (2001, p. 81), designa una colección de fragmentos de ADN no codificante, ordenados de acuerdo a su tamaño, que son característicos de cada individuo, constituyendo un código alfanumérico diferenciador. De manera gráfica, concluye el autor citado, “el perfil genético que se obtiene del estudio de las regiones variables de ADN no codificante es como el código de barras que se utiliza para clasificar los productos en un supermercado que nada nos dice de las características del producto, pero nos sirve para identificarlo”. La asignación a dicho código de una identidad, cuando el análisis se efectúa conociendo la procedencia personal del material biológico, permite tanto la función identificativa, como la función de contraste con perfiles obtenidos de material biológico de procedencia desconocida, funciones esenciales en el uso forense del ADN en el ámbito de la investigación criminal.

La comparación del perfil genético obtenido de restos biológicos hallados en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima, sin que pertenezcan a la misma —*muestra biológica dubitada*—, con el perfil genético del presunto autor o partícipe del delito, definido con el análisis de una muestra biológica procedente del mismo —*muestra biológica indubitada*— (Farfán, 2013, pp. 130-131), permitirá alcanzar un indicio más o menos relevante bien de la autoría o participación, bien de la exculpación de quien aparecía señalado por otros elementos indiciarios (Muñoz, 2009, p. 89). De este modo, la formación de una verdadera prueba procesal, de cargo o de defensa, resulta de la actividad comparativa de perfiles de ADN, anónimos unos e identificados otros (Demarchi, 2012, p. 101; De Hoyos, 2009, p. 2). Es incuestionable que la eficacia de esta técnica de investigación se ve enormemente amplificada con la existencia de ficheros o bases de perfiles de ADN, al permitir una labor comparativa a gran escala entre perfiles genéticos almacenados, ya sean anónimos, ya correspondan a personas identificadas.

Nuestra legislación, como veremos de inmediato, ha preferido emplear el término *identificador a partir del ADN*. También suele utilizarse la denominación *huella genética* (Pérez, 2008, p. 104). Este término, empero, se emplea en el ámbito científico para referirse al genoma de cada persona (información genética, herencia genética), y no solo a su significado más

restringido relativo al poder identificativo de una persona y de discriminación respecto de otra. Este segundo aspecto es el que interesa en el ámbito forense, donde se ha generalizado la expresión *perfil genético*, dado su carácter más preciso y menos ambivalente (Alonso, 2004, p. 3; Lorente, p. 248).

Pues bien, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre regula la Base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (LO 10/2007), tal y como se desprende de la dicción de su primer artículo, el cual señala también cuáles son los fines asignados a este nuevo fichero: *la investigación y averiguación de delitos, los procedimientos de identificación de restos cadavéricos y los procedimientos de averiguación de personas desaparecidas*. Su Disposición Adicional Segunda incardina esta Ley en el marco jurídico de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que estima de aplicación directa y de la que se considera mera especialidad, en función de la naturaleza de los datos que acoge. Por tanto, el derecho fundamental directamente concernido por la existencia de esta base policial es el derecho de protección de datos o autodeterminación informativa, decantado por nuestro Tribunal Constitucional (TC) del artículo 18.4 de la Constitución Española (CE). De este modo, el artículo 4 LO 10/2007 define los datos inscribibles: *identificadores obtenidos a partir del ADN que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo*; y los artículos 7 y 9 determinan el régimen jurídico de su tratamiento, regulando su uso y cesión, así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación del afectado por un perfil genético inscrito.

Hay que tener en cuenta que para alcanzar la inscripción de un determinado perfil genético será necesario:

- Primero, la disponibilidad de una muestra o vestigio biológicos, ya se encuentren en el lugar del crimen, ya se obtengan de la víctima o del sospechoso, detenido o imputado. También puede tratarse de muestras levantadas de restos humanos no identificados (catástrofes, guerras, accidentes, etc.).
- Segundo, la realización del análisis científico de la muestra o vestigio biológico para definir el perfil genético que le corresponda.
- Tercero, la inscripción del perfil o identificador genético en la base de datos existente al efecto.

La ley, obviamente, se ocupa de estos extremos. Ahora bien, en su articulado parece dar por supuesta la disponibilidad de la muestra biológica, y se proyecta sobre el segundo y tercero de los pasos indicados. Resulta ilustrativa en este sentido la dicción inicial del artículo 5, dedicado al análisis

científico: “Las muestras o vestigios *tomados* respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados”¹. Previamente, el artículo 3 ha delimitado los perfiles de ADN que tendrán acceso a la base de datos y las condiciones en que lo harán. Su apartado primero, letra a), dispone la inscripción de los identificadores de sospechosos, detenidos o imputados², obtenidos en el marco de una investigación criminal relativa a alguno de los delitos que el propio precepto determina³. La inscripción en estos casos no requiere el consentimiento del afectado, aunque sí información de los derechos que le asisten por ello, según concluye el último párrafo de dicho apartado⁴. La justificación de esta inscripción obligatoria está implícita en la finalidad misma del fichero, pues pocas personas accederían a que se les tomase una muestra para cotejar el perfil obtenido con los recogidos en la base de datos (Romeo Casabona y Romeo Malanda, 2010, p. 193), o los que pudieran incorporarse después, cabría añadir, pues de la actividad comparativa podría resultar un indicio, más o menos contundente, de la implicación en un hecho criminal determinado. Por su parte, el apartado 2, del artículo 3, prevé la posibilidad de inscripciones consentidas, sin más especificación, aunque ello no puede equivaler a un acceso general y voluntario a la base de datos. La norma ha de ponerse en relación directa con los supuestos del apartado 1 precedente, y, en todo caso, con los fines específicos señalados en el artículo 1.

Así las cosas, llama poderosamente la atención que la Ley lleve a una Disposición Adicional Tercera (DA Tercera) la problemática relativa al primero de los pasos antes indicados: el régimen de obtención de muestras biológicas, cuyo análisis permitirá alcanzar los perfiles inscribibles.

-
1. Cursiva añadida en la palabra *tomados*.
 2. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), el término *imputado* ha sido sustituido por el de *investigado* o *encausado* por el apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En este trabajo se empleará indistintamente el término *imputado* o *investigado*, dado que la sustitución aludida no se ha extendido a normas distintas de la modificada, como es el caso de la LO 10/2007.
 3. En concreto: delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.
 4. La letra b) del apartado 1 refiere la inscripción de patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

Esta disociación entre el régimen de inscripción y tratamiento de los perfiles resultantes, de un lado, y el régimen de obtención de muestras biológicas por otro lado, parece no haber sido correctamente entendida por los operadores policiales, ni por la Comisión Nacional del Uso Forense del ADN (CNUFADN), propiciando en la práctica una obtención generalizada de muestras biológicas indubitadas de personas detenidas, en el ámbito delictual definido en el artículo 3.1 a) LO 10/2007. En efecto, al desprenderse del tenor literal de dicho precepto el acceso automático y obligatorio a la base de datos de los perfiles de ADN de sujetos sospechosos, imputados o detenidos, obtenidos en el marco de la investigación de los delitos indicados, se dedujo de ahí otra especie de automatismo en la obtención de muestras biológicas indubitadas cuando se está en presencia de alguno de esos delitos, a los solos efectos de conseguir perfiles de ADN para alimentar la base de datos, sin plantearse la necesidad o no de la actuación desde el punto de vista de la investigación del hecho criminal concreto, siendo, a nuestro parecer, que la obtención y análisis de muestras biológicas, conforme a la DA Tercera, solo se justifica si es necesario para la investigación del delito de que se trate.

En general, la doctrina especializada no realiza la diferenciación expuesta. Así Sotelo (2009, pp. 102 y ss.) o Romeo Casabona y Romeo Malanda (2010, pp. 113 y ss.), analizan la problemática de la obtención de muestras en el ámbito de la investigación criminal y de la formación de la prueba en el proceso penal; aunque los segundos sí hacen una mención específica bajo el epígrafe *Perfiles realizados a partir de muestras obtenidas con o sin el consentimiento del afectado*, en realidad tratan del consentimiento respecto de la inscripción, volviendo así confusa la dicción del propio epígrafe (2010, pp. 193-194). Pérez (2008, p. 235) efectúa una mención expresa al *consentimiento del afectado para la obtención de material biológico*, en relación a la alimentación de la base de datos, llamando la atención sobre su relegación a la DA Tercera de la Ley, pese a ser un elemento primordial; empero tampoco profundiza más en la cuestión. Martín (2013, pp. 210-211), al referirse a la DA Tercera, tras ligar su contenido al del artículo 3.1.a), se limita a diferenciar los supuestos posibles de toma de muestras indubitadas, según se trate de muestras que puede obtener directamente la policía (muestras abandonadas o cedidas voluntariamente) o muestras necesitadas de autorización judicial (muestras no cedidas voluntariamente cuya obtención requiera inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales).

No obstante, algunos autores sí afirman expresamente que la DA Tercera configura una obligación de la policía judicial de extraer muestras biológicas a sujetos sospechosos, imputados o detenidos, relacionados con

los delitos enumerados en el artículo 3, con el único objetivo de extraer su perfil genético para la incorporación a la base de datos (Dolz, 2013, pp. 8-9; Moreno, 2013, pp. 12-20).

En esta línea se inició la aplicación práctica de la Ley, en particular, respecto de personas detenidas por los delitos enumerados en el artículo 3, a las que de manera generalizada se practica un frotis bucal para fijar su perfil genético, de forma similar a como se toman las huellas dactilares y fotografías en el momento de proceder a la reseña policial (De Hoyos, 2009, p. 17)⁵. Esta manera de entender la regulación legal tiende, sin duda, a conseguir que la base de datos contenga el mayor número posible de perfiles genéticos, de modo que se incremente la eficacia en las investigaciones criminales de hechos delictivos concretos, objetivo confesado en el preámbulo de la Ley (penúltimo párrafo). No obstante, las limitaciones de medios materiales y humanos para analizar todas las muestras obtenidas supusieron una primera desaceleración del proceso⁶. Otro importante freno se produjo con la exigencia del Tribunal Supremo (TS) de asistencia letrada en el acto de toma de muestras biológicas de detenidos, como veremos más adelante.

Este trabajo pretende destacar que la carga que se impone al sujeto sospechoso, detenido o imputado por el artículo 3 de la LO 10/2007, se refiere exclusivamente al hecho de soportar la inclusión de su identificador genético en la base de datos, sin que sea necesario su consentimiento, previa información de los derechos que le asisten por razón de la inscripción. Ahora bien, ni este precepto, ni la DA Tercera, facultan a la policía para la obtención de muestras biológicas de tales sujetos, destinadas únicamente a alcanzar perfiles de ADN con los que nutrir la base de datos. El régimen jurídico para la obtención de la muestra indubitada destinada a extraer el perfil genético inscribible no solo carece de ese carácter imperativo para

5. Incluso se habla de *reseña genética del detenido* en las distintas Circulares que, sobre la materia, se han emitido por la Comisaría General de Policía Científica.

6. Es ilustrativa la Circular de la Comisaría General de Policía Científica de 6 de mayo de 2009 que, ante la avalancha de reseñas genéticas, más de 3.600 al mes, recomienda dar prioridad a los detenidos que “realmente hayan cometido delitos graves y el estudio del ADN sea fundamental para la investigación”; a la espera de que, en el seno de la CNUFADN, “se aclaren los delitos por los que debe reseñarse genéticamente a los detenidos”. Esta delimitación se ultimó por la Comisión en la Memoria de actividades 2009-2010, p. 15 y anexo 1, con la “aprobación del catálogo de delitos susceptibles de toma de muestras para realizar las pruebas de ADN, conforme al art. 3.1.a) Ley Orgánica 10/2007”, mención de la que se deduce claramente que la Comisión interpreta la DA Tercera en el sentido de permitir a la policía judicial la toma indiscriminada de muestras en relación a los delitos catalogados. Puede consultarse la web oficial de este organismo en:

https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/organismos/instituto_nacional_de_toxicologia_y_ciencias_forenses/cnadn/

dichos sujetos, sino que exige el consentimiento informado del afectado o, en su defecto, autorización judicial, quedando en cualquier caso sujeta a las necesidades de la investigación.

El análisis de las cuestiones expuestas se abordará, pues, tomando como hilo conductor la configuración del consentimiento en torno a la obtención de muestras biológicas indubitadas para su análisis y la inscripción en la base de datos del perfil genético resultante. Se partirá del examen de la regulación de la LO 10/2007, cuerpo normativo central en esta materia, analizando también la incidencia de la imposición jurisprudencial de asistencia letrada en el acto de toma de muestras biológicas a detenidos, criterio trasladado recientemente al artículo 520 LECr. Todo ello para determinar si nos encontramos o no ante un verdadero consentimiento informado en términos respetuosos con el derecho de protección de datos o autodeterminación informativa.

2. EL CONSENTIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS QUE REQUIERA RECONOCIMIENTOS, INSPECCIONES O INTERVENCIONES CORPORALES

Como se acaba de indicar, la idea de una alimentación automática de la base de datos, derivada de la literalidad del artículo 3.1.a), no puede trasladarse sin más a la obtención de muestras biológicas indubitadas de sujetos sospechosos, detenidos o imputados, con similar automatismo. A diferencia de dicho precepto que, como el artículo 4, se refiere a los identificadores obtenidos a partir del ADN *en el marco de una investigación criminal*, la DA Tercera de la ley, con el título de *Obtención de muestras biológicas*, comienza su primer inciso con una frase que denota un elemento finalista ligado a la investigación y ajeno, por ende, a la inscripción: “*Para la investigación*”⁷ de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito”.

La DA Tercera se configura como una concreción, circunscrita al ámbito delictual de la LO 10/2007, de la obligación general de la policía judicial de recoger, asegurar y poner a disposición judicial todo vestigio que deje la comisión de un delito, bien directamente, artículos 282⁸ y

7. La cursiva es mía.

8. La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delinquentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial (párrafo 1.º).

770.3⁹, bien por orden judicial, artículo 326, todos de la LECr¹⁰. No obstante, dicha obligación se establece con una condición de aplicación (Von Wrigth, 1979, pp. 87-107), cual es que la obtención de la muestra y su análisis genético sean necesarios para la investigación del hecho criminal concreto. Aunque se trate de un delito incluido en el ámbito del artículo 3.1.a) puede ocurrir que la averiguación de sus presuntos autores o partícipes no requiera obtener y analizar muestras biológicas. Esto ocurrirá en todos los casos en que la identidad del autor u otro partícipe se encuentre plenamente acreditada desde el momento mismo de constatación del delito, bien por su naturaleza (delitos especiales relacionados con la violencia doméstica o de género, delitos flagrantes, etc.), bien por la disponibilidad inmediata de otros elementos irrefutables de prueba (v. gr. grabación audiovisual). Si en estos casos la policía judicial requiere una muestra biológica a los sujetos mencionados en la DA Tercera, estaría realizando una diligencia de investigación innecesaria, y, por ende, impertinente para la formación de la prueba procesal.

3. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO

Continúa la DA Tercera disponiendo: “La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECr”.

A falta de consentimiento el problema se traslada al ámbito judicial, mediante remisión a la LECr que solo puede conducir a su artículo 363, párrafo 2.º, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, a cuyo tenor: “Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el

9. La policía judicial acudirá al lugar de los hechos y recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

10. Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho... 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 (párrafos 1.º y 3.º).

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”.

Esta remisión es un argumento más, y de peso, para sustentar la interpretación aquí defendida. Para que la autoridad judicial pueda acordar la diligencia de toma de muestras y su análisis genético, deberá hacerlo en auto motivado que, en primer lugar, exprese las *acreditadas razones que lo justifiquen*, expresión que únicamente puede referirse a la necesidad de la diligencia para acreditar la autoría o participación en el hecho delictivo de quien aparece como sospechoso, detenido o investigado. En segundo lugar, deberá el juez efectuar un juicio de proporcionalidad entre la diligencia que se acuerda y el fin que se persigue, razonando que no haya otros medios para obtener aquel fin (necesidad), que la medida es adecuada al mismo (adecuación), y que no concurre desproporción entre la medida y el fin perseguido con la misma, atendiendo a la gravedad del delito (proporcionalidad en sentido estricto). Parece razonable que las mismas condiciones materiales impuestas a la autoridad judicial para suplir el consentimiento, se exigieran también a la policía para requerir una muestra biológica a los sujetos concernidos¹¹.

11. En este sentido, llama la atención que el artículo 129 bis del Código Penal (CP), introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, imponga similares exigencias de motivación, *mutatis mutandis*, para que el tribunal sentenciador pueda acordar la inscripción de perfiles de ADN de sujetos condenados por los delitos que el precepto detalla, los cuales se encuentran entre los enumerados en la LO 10/2007. Y resulta sorprendente por cuanto esta ley dispone la inscripción automática de perfiles correspondientes a sujetos sospechosos, detenidos o imputados por esos mismos delitos. Este diferente tratamiento se presenta, sin duda, discriminatorio. Dispone el precepto penal:

“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.

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”.

La jurisprudencia, al interpretar la DA Tercera, en ningún momento ha vinculado la obtención de muestras a la alimentación de la base de ADN, sino a la investigación del delito. Así, la Sentencia del TS, Sala Segunda, n.º 685/2010, de 7 de julio, declara: “Este precepto, 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 acusado¹².
- b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado¹³.

12. Parece claro que se prescinde del requisito de la urgencia en la recogida, por el peligro de desaparición, que mencionan los artículos 282 y 770.3 LECr. Esta cuestión había dado lugar a diferentes criterios del TS:

— Uno, negaba la posibilidad de la recogida sin intervención judicial, cuando no hubiera riesgo de desaparición. Sentencia n.º 501/2005, de 4 de 19 de abril.

— Otro, admitía esa posibilidad. Sentencias n.º 1244/01, de 25 de junio y n.º 1311/2005, de 14 de octubre.

— Un tercero, intermedio, entendía que la diligencia policial de recogida sin intervención judicial, pese a no concurrir razones de urgencia, podía ser judicializada con la intervención de los funcionarios de policía que la realizaron en el acto del juicio oral. Sentencia n.º 996/2000, de 30 de mayo.

13. La recogida de restos biológicos naturalmente desprendidos del cuerpo o desechados por el interesado, fue validada en Acuerdo plenario no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 31 de enero de 2006, motivado por los criterios contradictorios de las SSTS n.º 501/2005, de 19 de abril, y n.º 1311/2005, de 14 de octubre.

- c) En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita —hoy por hoy, inexistente— que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados”¹⁴.

Los parámetros fijados en esta resolución, de la que, por su importancia, hemos tomado esta extensa cita, serán los que, a la postre, se fijen como criterio jurisprudencial y propicien, en parte, las últimas novedades legislativas habidas en esta materia.

Para poder establecer una vinculación directa entre la obtención de muestras regulada en la DA Tercera y la alimentación del fichero sería necesario, al menos, que el legislativo hubiera empleado en aquella la misma expresión utilizada en los artículos 3 y 4, y comenzara diciendo: *En el marco de la investigación*. Aun así, hubiera sido preferible incardinar en el articulado de la Ley la necesidad de recabar autorización judicial a falta de consentimiento del sujeto afectado, desvinculando esa autorización de la regulación de la prueba de ADN en la LECr, cuya regulación atiende a la investigación criminal y formación de la prueba procesal.

4. INFORMACIÓN SIN CONSENTIMIENTO, CONSENTIMIENTO SIN INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como hemos reseñado, el artículo 3.1 de la LO 10/2007 prescinde del consentimiento del afectado para la inscripción de su perfil genético en la base policial de ADN, en los supuestos regulados en el mismo, si bien establece la obligación de informar de los derechos relacionados con el tratamiento del perfil como dato personal. Estamos aquí ante una *información*

14. Esta era la opinión mayoritaria en la doctrina; si bien, algunos autores mantenían la opinión contraria, estimando que la DA Tercera de la LO 10/2007 vino a legitimar el uso de la fuerza proporcional para alcanzar la obtención de la muestra biológica, mediando la resolución judicial habilitante (Sotelo, 2009, pp. 110 y 118-126).

sin consentimiento. La ley no precisa cuándo ha de ofrecerse esa información, ni en qué condiciones, salvo la alusión a la forma escrita.

El apartado 2 del artículo 3, relativo a la inscripción consentida por el afectado, omite cualquier alusión a la información relativa al uso y cesión del perfil y los derechos de acceso, cancelación y rectificación. Parece inexplicable, pero formalmente nos encontramos ante un *consentimiento sin información*. Una redacción meticulosa y coherente hubiera situado el precepto definidor del deber de información en un apartado 3, del artículo 3, proyectado sobre los dos apartados precedentes que diferencian la inscripción obligada y la inscripción consentida.

Por otro lado, la necesidad de consentimiento del sujeto sospechoso, investigado o detenido para la obtención de una muestra biológica indubitada se dispone implícitamente en la DA Tercera, al exigir autorización judicial para dicha obtención cuando la persona afectada no presta su consentimiento. Sin embargo, aquí tampoco explicita la Ley ningún contenido informativo que deba proporcionarse al sujeto requerido para facilitar su muestra biológica. Si partimos de la conclusión ya sentada, de que la toma de muestras solo se justifica por la necesidad de la investigación del delito concreto, la información que ha de facilitarse debería concernir a las consecuencias inculpatorias o exculpatorias de su resultado en el proceso. Además, dado que por disposición legal el perfil genético alcanzado habrá de inscribirse en la base de ADN, cuando el delito pertenezca al ámbito delictual prefijado en el artículo 3.1.a), también se habrá de facilitar la información que concierne tanto al uso y cesión de datos, como a los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

La CNUFADN, a la hora de abordar la problemática del consentimiento y la información previa al mismo, la vinculó indistintamente a la toma de muestras indubitadas y a la inscripción del perfil genético resultante¹⁵. Al efecto, elaboró un *formulario para la toma de muestras de detenidos e imputados en causa criminal*¹⁶, el cual figura como primer anexo a la Memoria de Actividades del año 2011. Dicho formulario intenta suplir las carencias legislativas y responder a las exigencias de un verdadero consentimiento informado. Si se examina el mismo puede comprobarse cómo el contenido de la información que ha de darse al detenido o imputado está

15. Véase la memoria de actividades de 2009-2010, pp. 20 y ss.

16. Una muestra más de la complejidad de todas estas cuestiones se pone de relieve por la CNUFADN al excluir del formulario la mención al *sospechoso*, decisión que, en la práctica, supondría excluir al mismo de la toma de muestras y, por ende, de la inscripción de perfiles procedentes de esta categoría de sujetos, en clara contradicción con el mandato legal. Página 18 de la Memoria 2009-2010.

directamente relacionada con el uso del perfil genético en la investigación criminal, como medio de identificación genética, y con el tratamiento del propio perfil como dato inscribible. El grueso de esa información se corresponde con los artículos 7, 5 y 9 de la LO 10/2007: uso y cesión de los datos; remisión de las muestras a los laboratorios acreditados y competencia judicial para pronunciarse sobre la conservación de las muestras; plazo de la vigencia de la inscripción y ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Como argumenta Álvarez (2011, p. 80), la necesidad de consentimiento informado para la obtención de muestras biológicas trae causa de la LOPD, donde se regula en los artículos 3 h), 5 y 6.

El formulario policial de *reseña genética* de personas detenidas queda lejos de recoger literalmente el contenido expresado en el modelo emitido por la Comisión. Se limita a referir que se ha trasladado, verbalmente, se presupone, la información exigida legalmente. La asistencia letrada queda acreditada con la firma del profesional interviniente, junto con la del propio detenido y la del miembro de la policía actuante¹⁷.

5. LA ASISTENCIA LETRADA EN EL ACTO DE TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS COMO EXIGENCIA PARA CONFORMAR UN CONSENTIMIENTO INFORMADO

La aplicación práctica de la LO 10/2007 puso de manifiesto que el único momento en que se podía facilitar la información exigida por el artículo 3.1 al sospechoso, imputado o detenido era el de la obtención de muestras biológicas indubitadas, aunque en este momento la inscripción aún no se haya practicado, pues previamente ha de efectuarse el análisis de ADN para obtener el perfil inscribible. Puede ser, incluso, que no llegue a ultimarse la inscripción¹⁸. La CNUFADN formalizó esta práctica con el mencionado formulario de consentimiento informado, asumiendo como

17. “Se informa a la persona detenida que con arreglo a la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, le va ser tomada una muestra biológica para su inclusión en la base de datos policial, a los efectos de investigación e identificación. Igualmente se le informa de los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base: Los datos contenidos en esta base, sólo se utilizarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 de la citada Ley Orgánica, respecto a su uso y cesión. Podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación acceso a los datos, en los casos previstos en el artículo 9 de la propia Ley Orgánica 10/2007 de 8 octubre y en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre. Léido y conforme, firma la presente”.

18. Por ejemplo, si la muestra obtenida no es suficiente o se perjudica, imposibilitando su análisis.

obligada la asistencia letrada a sujetos imputados y detenidos, según el criterio de algunos pronunciamientos del TS relativos al segundo¹⁹, que aquella extendió también, con buena lógica, al primero.

Sobre esta cuestión la doctrina venía manteniendo posiciones diversas:

- De un lado quienes consideran que, al establecer la DA Tercera una obligación policial de obtención de muestras biológicas en los supuestos del artículo 3.1.a), la asistencia letrada no solo es innecesaria, sino que ha producido un considerable descenso en el número de perfiles que acceden a la base de datos (Dolz, 2013, pp. 21 y ss.).
- De otro lado los que, poniendo el acento en los derechos fundamentales que potencialmente se ponen en riesgo —intimidad y protección de datos, especialmente—, consideran imprescindible la asistencia letrada para que la persona detenida preste un verdadero consentimiento informado (Acón, 2015, pp. 10 y ss.).
- Una tercera y pragmática postura concluye que el asesoramiento legal viene a evitar los problemas que se puedan plantear en un futuro, en el acto del juicio oral, si se cuestionara la toma de la muestra indubitada alegando que dicho consentimiento no fue prestado consciente y libremente por el acusado, que la calificación jurídica del hecho que motivó la muestra no resultó finalmente establecido en sentencia condenatoria o que el sujeto no era mínimamente sospechoso del delito que permitió la toma (Moreno, 2013, p. 29).

El TS, tras algunas vacilaciones, patentiza la exigencia de asistencia legal en Acuerdo plenario no jurisdiccional de 24 de septiembre de 2014, a cuyo tenor: “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”.

La STS n.º 794/2015, de 3 de diciembre justifica el Acuerdo al vincular esta problemática con el derecho de defensa y el proceso debido. A su vez, la Sentencia del Alto Tribunal n.º 834/2016, de 3 de noviembre, declara “El consentimiento, que hace innecesaria una resolución judicial habilitante,

19. Véanse las SSTS n.º 827/2011, de 25 de octubre, y n.º 685/2010, antes aludidas.

ha de prestarse en lo cognitivo de manera informada suficientemente y de libertad en lo volitivo. A tales efectos las condiciones en que se otorga el consentimiento por el imputado adquieren especial relevancia la situación de detenido en que se encuentre. Esta situación implica un refuerzo en la imposición del consentimiento del investigado que ya fue objeto de consideración en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 24.9.2014” (FJ Primero), y añade “El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga al detenido el derecho a la asistencia Letrada y determina como contenido de ésta la intervención del Abogado en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto, siendo obvio que la obtención de restos biológicos forma parte de una diligencia de reconocimiento de identidad” (FJ Segundo)²⁰.

Para el TS lo esencial es el reforzamiento de los aspectos cognitivo y volitivo del consentimiento del sujeto bajo detención. A nuestro modo de ver quiebran ambos aspectos, especialmente el primero, al no aplicarse la misma regla al sospechoso o investigado. Si lo relevante fuera el consentimiento informado, en el doble aspecto de conocimiento de las consecuencias en la investigación criminal²¹ y de conocimiento de los derechos implicados en el análisis del ADN y la inscripción registral del perfil genético, la asistencia letrada debería procurarse en los tres casos. De esta forma, en el argumentario del TS el aspecto decisivo viene a ser el volitivo, presumiendo que la detención, por sí misma, presupone una situación coactiva que ensombrece la libertad de decisión.

Al margen de las razones justificantes de la asistencia letrada, lo perturbador del Acuerdo plenario comentado es, realmente, el *efecto retroactivo* implícito en su segundo inciso, que invalida la eficacia de inscripciones de perfiles genéticos que sean fruto de una toma de muestras consentida, pero realizada sin asistencia letrada, con anterioridad a la fecha del Acuerdo. Sin pronunciarse el TS sobre la legalidad o ilegalidad de tales inscripciones, el efecto retroactivo aludido provocará que el fichero policial mantenga un enorme contenido de identificadores de ADN, por el tiempo legalmente

20. En la redacción vigente a la fecha de adopción del Acuerdo plenario transcrito, el artículo 520.2.c) LECr incluía entre los derechos del detenido el “Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto”.

21. Ya sea la investigación actual o se trate de investigaciones futuras. Sin embargo, este efecto es común a otros medios de identificación que se obtienen a través de la reseña policial de detenidos, en particular, la huella dactilar y la fotografía. En consecuencia, no se entiende la no exigencia de Letrado para consentir estos actos que, por lo demás, sí se realizan de forma automática, sin oportunidad alguna de oposición por parte del detenido.

establecido, que, en definitiva, no servirá para nada, al carecer de virtualidad para conformar una prueba procesal válida.

En este aspecto, el Acuerdo corrigió el criterio seguido por el propio TS con anterioridad. Así, la Sentencia n.º 827/2011, de 25 de octubre, aunque afirmó la necesidad de esta asistencia profesional, declaró: “No es objeto de este recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen” (FJ Tercero).

A nuestro juicio, la solución retroactiva afirmada en el Acuerdo prescinde de otras consideraciones esenciales, igual de relevantes que el derecho de defensa y, desde luego, no necesariamente incompatibles con él:

- En primer lugar, olvida que los efectos de la prueba ilícita están sujetos al artículo 11.1 LOPJ y la doctrina del TC que lo interpreta. Precepto y doctrina que hacían innecesario el Acuerdo y que, en todo caso, impedían su aplicación retroactiva. Como hace ver el combativo voto particular de la citada STS n.º 834/2016, la buena fe en la actuación policial en la toma de muestras indubitadas, realizadas varios años antes a la adopción del acuerdo, en una situación de indeterminación legislativa y jurisprudencial que la propia sentencia reconoce, constituyen razones suficientes para afirmar la licitud de la obtención de la muestra indubitada, de su análisis y de la inscripción del perfil en el fichero y, en consecuencia, para mantener la validez probatoria de la identificación alcanzada a través de la base de datos.
- En segundo lugar, al contemplar el problema exclusivamente desde la óptica del derecho de defensa ligado a la detención, no efectúa el Alto Tribunal una adecuada ponderación de los intereses constitucionalmente relevantes en conflicto. Se olvidan los derechos de la víctima a la tutela judicial efectiva y al uso de los medios de prueba pertinentes —artículo 24 CE—, así como su derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido (artículo 109 CP). Y se olvida también de la justicia y de la paz social como valores esenciales del ordenamiento jurídico (artículos 1 y 10 CE). La idea de proceso debido o equitativo, desgajada del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), no impide la ponderación aludida. Como expresa Hernández (2009, p. 322), el TEDH ha proclamado que la cláusula del *fairness* (equidad), como instrumento metodológico de análisis, se desdobra en dos reglas operativas: primera, la necesidad de observar

el proceso desde su plenitud, en su total desarrollo. El presupuesto para reconocer una violación del principio en cuestión no puede ir referido a la identificación de irregularidad o menoscabo de garantías específicas en una concreta vicisitud procedimental, sino que ha de atender si el proceso, en su conjunto, responde a una idea global de corrección y equilibrio. Segunda, la cláusula de equidad obliga a extender el espacio de protección y de tutela a todos los sujetos que intervienen en el proceso, actuando en consecuencia como una suerte de factor de corrección, equilibrador, del exceso de unilateralidad en la concepción y desarrollo de los derechos de defensa²².

El Legislativo, aunque sin pronunciarse expresamente, parece haber afianzado la necesidad de asistencia letrada a personas detenidas para consentir la toma de una muestra biológica. El apartado 6 del artículo 520 LECr²³, al definir el contenido de la “asistencia del abogado”, dispone en su letra c): “Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal²⁴, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”.

No enumera el nuevo precepto cuáles sean las diligencias necesitadas, en general, de la colaboración de la persona detenida²⁵, como tampoco define qué consecuencias llevaría pareja la actitud colaboradora u opositora, tarea harto compleja sin clarificar el extremo precedente²⁶. En cierto modo

22. Casos *Ártico* contra Italia, de 13 de mayo de 1980, y *Doorson* contra Holanda, de 26 de marzo de 1996.

23. Reformado por L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

24. Esta mención al método de obtención de la muestra biológica es totalmente novedosa y única. Tiene la ventaja de evidenciar legalmente el uso de ese método universalmente utilizado hoy en día; pero pudiera también generar dudas, en un futuro, sobre el uso de otros métodos sustitutivos.

25. Prestar declaración, someterse a un reconocimiento en rueda, intervenir en la reconstrucción de los hechos, en la entrada y registro domiciliario y, desde luego, obtención de muestras biológicas, entre otras.

26. Esas consecuencias pueden ser legales, como incurrir en delito de negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la

dependerá de la formación y voluntad del letrado o letrada interviniente. Desde luego, el contenido de esta información nada tiene que ver con la que ha de proporcionarse por mandato de la LO 10/2007.

El primer inciso del precepto procesal más bien parece la excusa para introducir el que le sigue, el cual proyecta la atención sobre la diligencia específica de obtención de una muestra biológica y la advertencia de esa obtención bajo coacción para el caso de no prestarla de forma voluntaria. Se introduce de esta forma intencionadamente sutil el uso de la fuerza en la toma de muestras biológicas indubitadas a detenidos, cuestión harto discutida en la doctrina y que la jurisprudencia no había entendido amparada por el artículo 363 LECr (STS n.º 827/2011, antes comentada).

Dejando a un lado su inexplicable ubicación en la ley procesal penal, en lugar de la propia LO 10/2007, el artículo 520.6.c) LECr parece no resolver la disyuntiva planteada en este artículo en torno al consentimiento para la toma de muestras por parte de la policía y el presupuesto material habilitante para ello. Ahora bien, la remisión genérica a las previsiones de la LO 10/2007 permite inclinar la balanza, nuevamente, a favor de la tesis aquí defendida de que la toma de muestras a personas sospechosas, detenidas o imputadas únicamente se justifica con fines de investigación del hecho criminal concreto. Bien mirado, estamos ante un reenvío normativo circular, donde la norma reenviada nos devuelve a otro precepto de la norma reenviante: el artículo 520.6.c) LECr hace una remisión genérica a la LO 10/2007, la cual regula la obtención de muestras en su DA Tercera que, a su vez, se remite a la LECr para configurar la autorización judicial sustitutiva del consentimiento, remisión que solo puede conducir al artículo 363.2.º de la misma.

6. INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS O AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A su vez, el apartado 4 del mismo artículo establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, y el pleno ejercicio de sus derechos.

presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, del artículo 383 CP; o jurisprudenciales, cual es la valoración de la negativa como un indicio incriminatorio en determinadas circunstancias probatorias. Desde luego, al no existir un genérico deber del detenido o investigado de colaborar con la Administración de justicia, no se incurrirá en el delito común de desobediencia, del artículo 556 CP.

El derecho a la intimidad personal y familiar confiere a su titular el poder jurídico de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. Otorga, cuando menos, una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (Enériz, 2012, pp. 2-3). En relación a la ingeniería genética, y más en concreto, a los análisis de ADN, la posibilidad que conlleva de acceder a información personal —origen étnico, padecimiento o predisposición a padecer determinadas enfermedades, vínculos familiares, etc.— ha llevado a emplear el término de “intimidad genética”, entendida como derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética (Etxeberría, 2013, p. 100), para aludir a la necesaria protección de esa información a través del derecho fundamental a la intimidad.

La Exposición de Motivos de la LO 10/2007 (apartado II, párrafo cuarto), alude al derecho fundamental a la intimidad, respecto del que considera salvaguarda muy especial el hecho de que solo puedan ser inscritos los identificadores de ADN que sean reveladores de la identidad del sujeto, lo que compara con la huella dactilar, y del sexo, previsión plasmada en el artículo 4. Aunque el derecho a la intimidad genética pudiera verse afectado por la obtención y almacenamiento de muestras biológicas y el análisis de las mismas, esto sólo ocurriría si se accediera a información genética sensible, pero este es un riesgo ajeno a la configuración jurídica y práctica del uso forense del ADN. Por tanto, son el almacenamiento y el tratamiento de los datos identificativos que se obtengan con los análisis realizados sobre las muestras, esto es, los perfiles de ADN, los aspectos relevantes desde la óptica de los derechos fundamentales. Por ello, como vimos, la DA Segunda de la ley incardina su regulación en la LOPD. En efecto, como tiene declarado el TEDH, “el simple hecho de memorizar datos relativos a la vida privada de un individuo constituye una injerencia en el sentido del artículo 8. Poco importa que las informaciones memorizadas sean o no utilizadas después”²⁷.

27. Párrafo 67 de la Sentencia “S. y Marper contra Reino Unido”, de 4 de diciembre de 2008, donde se citan los asuntos Leander c. Suède, 26 mars 1987, § 48, série A no 116, Amann c. Suisse [GC], no 27798/95, § 69, CEDH 2000-II. El artículo 8 del CEDH configura el derecho a la vida privada y familiar.

En definitiva, salvaguardado por la propia Ley el derecho a la intimidad, en su vertiente de intimidad genética, resta como derecho fundamental directamente concernido por la base policial de ADN el derecho de protección de datos o autodeterminación informativa. Este derecho fundamental consiste, según el TC, en “garantizar a las personas un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho afectado”. Resaltando su carácter autónomo, añade que “extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones el TC ha definido en términos amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal” (Enériz, 2012, pp. 1-14, con cita de las SSTC n.º 292/2000, de 30 de noviembre, y n.º 43/2009, de 12 de febrero).

Desde la perspectiva defendida en los apartados anteriores, y centrándonos ahora en la figura del sujeto sospechoso, detenido o imputado-investigado, cabe considerar irregular la actuación policial amparada en la DA Tercera de la LO 10/2007, consistente en solicitar, de manera general e indiscriminada, muestras biológicas a todas las personas detenidas por delitos comprendidos en el artículo 3.1.a) de la Ley (igual apreciación valdría para sospechosos e investigados), con la única finalidad de alimentar la base de datos de perfiles genéticos. Una interpretación sistemática y coherente de ambos preceptos permite concluir que es el artículo 3.1.a) el que aparece supeditado a la DA Tercera, y no al revés. Esto es, conforme al artículo 3.1.a) accederán a la base de datos todos los perfiles obtenidos en el *marco de la investigación* de alguno de los delitos enumerados, pero esos perfiles solamente se podrán fijar si ello es necesario *para la investigación* de cada hecho delictivo particular, constitutivo de uno de los delitos enumerados en la ley.

En consecuencia, la práctica policial descrita supone, por sí misma, una injerencia no justificada en el derecho a la protección de datos, al propiciar la inscripción en la base policial de ADN de perfiles extraídos indebidamente a partir de dicha práctica. La policía judicial sólo debería recabar el consentimiento para la obtención de muestras biológicas si el análisis pericial genético, con fines identificativos, es necesario “*para la investigación*”, en razón a una necesidad real para la averiguación o confirmación de la autoría o participación de la persona requerida en un delito específico que se esté investigando. Y esto es independiente, como se decía, de la posterior inscripción del perfil resultante —alcanzado “*en el marco de la investigación*” del delito concreto— en la base de datos, que no requiere consentimiento, aunque sí facilitar la información pertinente.

7. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado resulta una inquietante diferenciación en el régimen jurídico de la actuación policial y la actuación judicial, relativo a la obtención de muestras biológicas indubitadas procedentes del sujeto pasivo de una investigación criminal. Las Fuerzas policiales llevan a cabo la toma de muestras de sujetos detenidos de una manera prácticamente indiscriminada, en el ámbito de los delitos enumerados en el artículo 3 LO 10/2007. Aunque la asistencia letrada permite garantizar un consentimiento informado (dependerá del interés del letrado o letrada asistente), el requerimiento efectuado de forma generalizada, incluso cuando no existe necesidad para la investigación, da lugar a la inscripción de perfiles más allá de lo amparado por la propia ley, con vulneración del derecho de protección de datos, según se ha argumentado.

La actuación policial descrita choca con las exigencias impuestas a la intervención judicial cuando falta el consentimiento del sujeto afectado, supuesto que requiere auto motivado expresivo, por un lado, de la concurrencia de “acreditadas razones que justifiquen” la diligencia y, por otro lado, que los “actos de inspección, reconocimiento o intervención” necesarios para ello “resultan adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”. La más mínima quiebra de alguno de estos requisitos convertiría la decisión judicial y la prueba resultante en ilícitas, por contravención del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La conclusión anterior trasciende de forma relevante al uso de la coacción física para la obtención de la muestra biológica. Al contrario de lo que parece dar a entender el artículo 520.6.c) LECr, la autorización judicial supletoria del consentimiento y legitimadora del uso de la fuerza no puede adoptarse, sin más, ante la mera negativa del sujeto afectado, sino que solo será posible si aparece justificada desde el punto de vista de la investigación criminal. Así se concluye a la vista de la remisión circular en que incurren las normas implicadas.

En esta materia de asistencia letrada en la toma de muestras biológicas indubitadas, el legislativo se ha limitado a acoger la doctrina sentada por el TS en su Acuerdo de 24 de septiembre de 2014; sin embargo, no la ha extendido a sujetos sospechosos o investigados.

Creemos que lo relevante desde el punto de vista del derecho de protección de datos es, sin duda, asegurar que el sujeto afectado sea instruido convenientemente de las consecuencias de la colaboración que se le requiere, en relación a las previsiones de uso y cesión de su identificador genético para la investigación criminal (bien una actual u otra diferente), así como de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, vinculados a la inscripción

de su perfil en la base policial. Todo ello a fin de garantizar la prestación de un verdadero consentimiento informado. Siendo esto así, prescindir de la asistencia letrada cuando la persona requerida por la policía no está detenida se revela como una discriminación injustificada, pues la condición del sujeto ni varía la naturaleza de la diligencia, ni el alcance de sus efectos jurídicos.

Con independencia de lo anterior, la reforma del artículo 520 LECr tampoco ha rectificado las consecuencias perniciosas derivadas del efecto retroactivo implícito en el Acuerdo del TS. Dicho efecto, como vimos, supone la pérdida de virtualidad probatoria de las inscripciones practicadas en la base policial de perfiles de ADN, cuando estos perfiles procedan de muestras biológicas de detenidos que consintieron su extracción sin asistencia letrada. Abierta la caja de Pandora, los vientos de hoy pueden ser los huracanes de mañana. En el caso decidido por la Sentencia n.º 834/2016, la autoría del acusado, en el delito de agresión sexual por el que se siguió el proceso, estaba plenamente acreditada; si bien quedó absuelto al negarse la legalidad de la identificación conseguida a través de la base policial de ADN. El mismo sujeto sabe ahora que cualquier nuevo acto criminal que cometa quedará sin castigo, incluso dejando restos biológicos que le vinculen con sus actos criminales, siempre que evite cualquier otra prueba, diferente a la prueba de ADN, de la que resulte su identificación.

Lamentablemente, el legislativo no ha sido capaz de instaurar un régimen jurídico sistemático, unitario y coherente acerca de la obtención, inscripción y tratamiento de perfiles de ADN con fines identificativos en el ámbito de la investigación criminal, preferiblemente tratando por separado los aspectos sustantivos de los procesales²⁸. La fragmentación legislativa actual no solo ha impedido una regulación precisa de las cuestiones relacionadas con esta materia; también ha provocado numerosos problemas de interpretación y aplicación, con merma de la seguridad jurídica, ocasionando un doble y paradójico efecto pernicioso:

- De un lado, un debilitamiento de la posición de la ciudadanía frente a las investigaciones criminales, con particular incidencia en el derecho de protección de datos o autodeterminación informativa.

28. A título ilustrativo, la regulación sistemática contenida en el Código Procesal Penal francés, tanto a nivel legal, como reglamentario: Partie législative: Titre XX: Du fichier national automatisé des empreintes génétiques (Articles 706-54 à 706-56-1-1); Partie réglementaire - Décrets en Conseil d'État: Titre XX: Du fichier national automatisé des empreintes génétiques et du service central de préservation des prélèvements biologiques (Articles R53-9 à R53-21).

—De otro lado, una pérdida de eficacia de la base de datos como mecanismo de investigación criminal y generación de prueba procesal penal, lo cual también ha redundado en una desprotección de las víctimas de delitos graves y de la sociedad en general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acón Ortego, I. (2015). *La investigación criminal mediante el uso del ADN*. Ponencia impartida en Seminario Cuestiones sobre medicina y ciencias forenses, La Antigua, Guatemala. Disponible en: <http://190.104.117.163/a2015/julio/forenses/contenido/ponencias/Ignacio%20Acon/ADN%20en%20investigacion%20criminal.pdf>
- Alonso Alonso, A. (2001). Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal. *Genética y Derecho. Estudios de Derecho Judicial* 36, CGPJ, 68-94.
- Alonso Alonso, A. (2004). *Conceptos básicos de ADN forense*. Ponencia disponible en: <http://190.104.117.163/a2015/julio/forenses/contenido/ponencias/Antonio%20Alonso/Conceptos%20basicos%20de%20ADN%20forense.pdf>
- Álvarez de Neyra Kappler, S. (2011). El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte I). *Revista Derecho y Genoma Humano*, 34, 41-66.
- De Hoyos Sancho, M. (2009). Archivo y conservación en ficheros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. En *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho Judicial*, 155, CGPJ, 213-262.
- Demarchi, J.M. (2012). *Les preuves scientifiques et le procès pénal*. LDGJ, Lextenso éditions.
- Dolz Lago, M. J. (2013). *Toma de muestras. Infractores, víctimas y menores. Consentimiento. Asistencia letrada*. Ponencia disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=77a78ba4-3aee-4223-a4cb-e2219a0d442e.
- Enériz Olaechea, F.J. (2012). Derechos Fundamentales y protección de datos personales. *Protección de Datos, Cuadernos Digitales de Formación*, 29, CGPJ.
- Etxeberría Guridi, J. F. (2013). La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España. En Cabezedo Bajo (direc.) *Las Bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha de la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* Madrid: Dykinson.
- Farfán Espuny, M.ª J. (2013). Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense. En Cabezedo Bajo (direc.) *Las Bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha de la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* Madrid: Dykinson.

- Hernández García, J. (2009). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo. *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho Judicial* 155, CGPJ, 307-374.
- Lorente Acosta, J.A. *Cátedra Derecho y Genoma Humano*: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/248>.
- Martín Pastor, J. (2013) La obtención de muestras de ADN, dubitadas e indubitadas, por la Policía Judicial y el régimen de sometimiento del sospechoso a los actos de inspección, registro o intervenciones corporales. En Cabezudo Bajo (direc.) *Las Bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha de la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* Madrid: Dykinson.
- Moreno Verdejo, J. (2013). *La prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza*. Ponencia presentada al Curso sobre Genética Forense celebrado en Madrid los días 22 a 24 de mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales. Disponible en: http://www.fiscal.es/fiscal/PAWebAppSGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jaime%20Moreno%20Verdejo.pdf?idFile=1bfaf660-d112-4bb6-85e31ead7966f03f
- Pérez Marín, M. (2008). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Romeo Casanova, C. M.^a y Romeo Malanda, S. (2010). *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*. Aranzadi.
- Sotelo Muñoz, H. (2009). *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Von Wright, G.H. (1979). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.