

Universidad Carlos III de Madrid

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas



EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD E IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO A TRAVÉS DEL PERFIL GENÉTICO

Curso 2013/14

Belén Hernández Moura
50230431-H

Departamento de Derecho Procesal
26 de junio de 2014

TABLA DE CONTENIDOS

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	2
A. NUEVAS FORMAS DE INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ¿NUEVAS FORMAS DE TUTELA?.....	2
B. SUPERFICIALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA DE ADN	5
2. CONSIDERACIONES LEGALES EN TORNO A LA PRUEBA DE ADN.....	7
A. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	7
i. <i>Reforma precipitada de 2003</i>	7
B. ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2011 (NON NATA)	8
C. PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2013	9
3. TOMA DE LA MUESTRA Y DERECHO A LA INTIMIDAD CORPORAL.....	10
A. MUESTRA DUBITADA.....	11
B. MUESTRA INDUBITADA	13
i. <i>Toma de la muestra sobre el cuerpo del sospechoso</i>	14
- Asistencia letrada y consentimiento informado.....	15
- Autorización judicial y coacción física o moral	18
ii. <i>Toma de la muestra al margen del sospechoso</i>	21
- Obtención subrepticia de la muestra abandonada.....	22
- Análisis de la situación actual a través de la jurisprudencia constitucional	24
iii. <i>Expectativa de privacidad</i>	26
C. ESPECIAL PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO EN CASO DE MENORES	29
- Instrucción 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad	30
4. ANÁLISIS DE LA MUESTRA E INTIMIDAD GENÉTICA.....	33
A. NECESARIEDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL ANÁLISIS DE LA MUESTRA TOMADA SIN AUTORIZACIÓN.....	33
B. URGENCIA Y NECESIDAD	37
C. TEST GENERALES.....	40
5. COTEJO DE LA MUESTRA Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.....	41
A. PROTECCIÓN DE DATOS EN EL PROCESO PENAL: HABEAS DATA	41
B. INCLUSIÓN DE LA MUESTRA EN LA BASE DE DATOS	44
C. CARENCIAS Y RIESGOS DE LA LO 10/2007 EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DEL DATO PERSONAL.....	46
6. CONCLUSIONES.....	49
7. BIBLIOGRAFÍA.....	55

EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD E IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO A TRAVÉS DEL PERFIL GENÉTICO

Belén Hernández Moura

El presente trabajo pretende ofrecer una visión crítica de la situación actual de la prueba de ADN en relación con los derechos fundamentales del individuo susceptibles de afectación por la misma, prestando especial atención al derecho a la intimidad en cada una de sus vertientes. Para ello, se ha partido de las consideraciones de la doctrina especializada para las diferentes fases en las que se divide la totalidad de la prueba (toma de la muestra, análisis genético de la misma y confrontación de la muestra a través de su incorporación en la base de datos) y los aspectos más controvertidos dentro de ellas, relacionando cada una de estas etapas con el aspecto concreto del derecho a la intimidad susceptible de afectación en cada momento (derecho a la intimidad corporal, derecho a la intimidad genética y autodeterminación informativa). A la vez, el estudio de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional en torno a la prueba genética pretende ofrecer el análisis crítico y actual que este trabajo procura aportar.

This paper aims to provide a critical understanding of the current situation of DNA testing and its relation to the individuals' fundamental rights likely to be affected by this evidence, especially when it comes to the right to privacy in each of its different aspects. In this view, we have taken into account the most relevant considerations that Law doctrine has made for each of the phases in which the entire test can be divided (collection of the DNA sample, genetic analysis of the sample and storage of the biological profile in a data base), relating each one of these stages with the specific aspect of the right to privacy potentially affected (corporal intimacy, genetic privacy and informational self-determination). At the same time, the analysis of the most recent Sentences of the Spanish Constitutional Court in which the DNA test is involved tries to offer the critical and current analysis that this paper pretends to be for the reader.

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

a. Nuevas formas de intromisión en los derechos fundamentales, ¿nuevas formas de tutela?

A partir de los años 90 los ordenamientos europeos comenzaron a incorporar a su acervo legislativo regulación específica acerca del empleo de las técnicas genéticas en la investigación penal.

Desde entonces, la potencialidad de esta tecnología y su indudable relevancia en el proceso han hecho que su presencia no sea extraña en la investigación y prueba de delitos.

En un primer momento, la pericial de ADN se reservó para la investigación de las infracciones penales consideradas más graves y conectadas frecuentemente con la protección de la libertad sexual. Sin embargo, esta concepción se ha ido superando progresivamente hasta llegar a la situación actual, en la que el recurso a las técnicas genéticas para la investigación de delitos no se ciñe a las infracciones consideradas como especialmente graves ni relacionadas con un bien jurídico determinado. En este contexto expansivo, los presupuestos y requisitos de admisibilidad de la prueba pericial genética se han ido flexibilizando hasta dar lugar a una diligencia de investigación y prueba que puede afectar o, de hecho afecta, a derechos fundamentales del individuo¹.

La ligereza con la que la prueba de ADN se ha venido tratando desde la legislación se advierte en varios puntos entre los que destacamos:

- I. La mencionada ampliación del catálogo de infracciones penales para cuya investigación y prueba es posible recurrir a técnicas genéticas.
- II. Laxitud en torno a la *“intensidad de la imputación”* exigible para poder hacer uso de la técnica de ADN. Si en los comienzos y a consecuencia precisamente de la incidencia de esta prueba en los derechos fundamentales y el necesario respeto al principio de proporcionalidad se consideró indispensable la convergencia de indicios de racionalidad suficientes, en la actualidad este requisito se ha atenuado notablemente derivando en la mera conjunción de sospechas en torno a una persona. La regulación española puede considerarse un buen ejemplo de esta tendencia, en cuanto el art. 363.3 LeCrim se refiere a la obtención de muestras biológicas del sospechoso, *“que no dejaría de ser una (...) persona que tiene probabilidades de ser imputada, de la misma manera que el imputado las tendría de ser acusado”*².

¹ Sobre la incidencia de la prueba genética de ADN en los derechos fundamentales, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales”, Diario La Ley, nº 8283, 1 de abril de 2014.

² SOLETO MUÑOZ, H., y ALCOCEBA GIL, J., “Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN”, en CABEZUDO BAJO, M^ºJ. (Dir.), “Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?”, Dykinson, 2013, p. 338.

- III. Menoscabo en las garantías que comprenden la práctica de prueba genética, tema en el que se centrará este trabajo, prestando especial atención a la afectación del derecho a la intimidad a partir del mayor protagonismo de la pericial genética en nuestro proceso penal. El objetivo es analizar la afectación del derecho a la intimidad en sus diferentes vertientes de la mano de la prueba de ADN, realizando un análisis crítico de cuál sea la situación actual a través de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

A finales del año 2013 el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse por vez primera sobre la prueba genética de ADN como medio de investigación de delitos en su sentencia de 5 de diciembre de 2013, poco después de que la jurisprudencia norteamericana dictase una sentencia en torno a la misma cuestión. El debate que ambas resoluciones ha generado no ha sido exactamente el mismo en uno y otro caso; mientras que en EEUU la discusión principal fue dilucidar si la prueba de ADN tendría una finalidad meramente identificativa o no, el Tribunal Constitucional español ha focalizado su atención en los derechos fundamentales que podrían verse afectados por la prueba de ADN. No obstante, en ambos casos la defensa impugna dichas resoluciones alegando injerencias en los derechos de sus defendidos por parte de la Policía durante la investigación penal.

Más adelante, entre enero y marzo de 2014, el Tribunal Constitucional dicta una serie de seis sentencias más en casos prácticamente idénticos, siguiendo la misma línea interpretativa ya empleada en la STC 199/2013 [RTC 2013/199]³. En todas ellas, el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de la actuación policial al practicar análisis de ADN sobre personas sospechosas sin autorización judicial.

³ Nos referimos a las STC 13/2014 de 30 de enero [RTC 2014/13], STC 14/2014 de 30 de enero [RTC 2014/14], STC 15/2014 de 30 de enero [RTC 2014/15], STC 16/2014 de 30 de enero [RTC 2014/16], STC 23/2014 de 13 de febrero [RTC 2014/23] y STC 43/2014 de 27 de marzo de 2014 [RTC 2014/43].

b. Superficialidad del tratamiento de la prueba de ADN

Más allá de la insuficiencia legislativa en torno a la pericial genética, lo cierto es que hasta el momento también la jurisprudencia ha minimizado la trascendencia que tiene para la tutela de los derechos del investigado la llamada huella genética y su tratamiento informativo. Muestra de ello es la equiparación de la reseña genética y la dactilar que se mantiene en reciente STS 709/2013 [RJ 2013/8008] sobre la base de que la obtención de la muestra biológica afecta tan solo levemente al derecho a la intimidad corporal y tomando como uno de los centro de la argumentación que es solo la parte no codificante del ADN la que se incorpora a la base de datos policial⁴.

Esta interpretación, lejos de encajar con la línea jurisprudencial mantenida en nuestro entorno europeo más próximo o el propio TEDH, solo puede compararse con la concepción norteamericana ejemplificada en la sentencia Maryland vs. King que apuntábamos más arriba del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América. El voto mayoritario plantea que la prueba de ADN sería equivalente a una reseña dactiloscópica o un reconocimiento fotográfico, en la medida en que la obtención de una muestra biológica para su posterior análisis y registro en una base de datos formaría parte del proceso de identificación de una persona. No obstante, la sentencia olvida que la muestra no se

⁴ Esta interpretación se encaja dentro de una posición minoritaria y difícil de justificar no solo en nuestro ordenamiento, sino también en el ámbito europeo. La obtención de una muestra biológica para el posterior análisis pericial de ADN es una diligencia de investigación criminal cuyo objetivo es obtener información en forma de perfiles identificadores que posibiliten la averiguación de hechos delictivos pasados, e incluso futuros, a través de la conservación de esos datos en una base creada al efecto. Como indican MIRANDA ESTRAMPES y NIEVA FENOLL “no tiene, por tanto una finalidad de mera identificación de la persona a la que pertenece la muestra biológica obtenida. Por ello, no resulta acertada la tesis que sostiene que la obtención de una muestra biológica del cuerpo de un sospechoso o detenido es equivalente a la obtención de sus huellas dactilares, como se afirma en el voto de la mayoría con el fin de descartar la protección constitucional que deriva de la IV Enmienda. La obtención de estas últimas se hace, como fin principal, para la mejor identificación de una persona, sin perjuicio de que eventualmente, en determinados casos, pueda utilizarse como diligencia de investigación de un hecho delictivo, esto es, para resolver delitos como apunta el Juez SCALIA en el voto discrepante de la sentencia en el caso Maryland v. King. Por el contrario, la obtención de una muestra biológica no tiene una finalidad de mera identificación, sino de investigación de hechos delictivos y de descubrimiento de sus posibles autores, por el tipo de información que es susceptible de ser obtenida. Esta diferencia sustancial obliga a examinar, desde el plano constitucional, la obtención de muestras biológicas para el análisis de ADN desde criterios y parámetros distintos de los que se aplican cuando se trata de la obtención de huellas dactilares”, en MIRANDA ESTRAMPES, M., y NIEVA FENOLL, J., “Comentario a la Sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013)”, Revista Derecho y Genoma Humano, 39/2013, págs. 119-134. Sin embargo, hay un sector minoritario de la doctrina, entre cuyos representantes señalamos a DOLZ LAGO, que sí comparte la equiparación de la reseña genética con la reseña dactilar (DOLZ LAGO, J.M., “ADN y derechos fundamentales: breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN –frotis bucal– a detenidos e imputados”, Diario La Ley nº 7774, 12 de enero de 2012) y de la que también podemos encontrar ejemplos entre la jurisprudencia, como la mencionada STS 709/2013 [RJ 2013/8008].

toma en aras a la identificación de King, sino a efectos de investigación prospectiva, en realidad se empleó para su imputación en un delito diferente al que originó la investigación⁵.

Como decimos, la relevancia que en un primer momento se otorgó a la autoridad judicial con el fin de preservar el respeto a los derechos fundamentales en torno a los diferentes momentos que componen la realización de la prueba, ha ido cediendo en favor de las autoridades policiales o del Ministerio Fiscal, lo que implicaría, desde nuestro punto de vista, una disminución de las garantías individuales⁶. Este debilitamiento en la garantía judicial se vería reflejado en la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo viene haciendo de la normativa en la materia (no sin ciertas contradicciones) y en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que no auguran un cambio en la línea interpretativa poco garantista con los derechos individuales.

Lo que comúnmente se denomina técnica de ADN, se divide en una serie de actuaciones con características autónomas que conformarán los apartados tercero, cuarto y quinto de este trabajo. De un lado, distinguimos la recogida de muestras biológicas presuntamente procedentes del autor presentes en el lugar de los hechos o en el cuerpo del delito. Esas muestras han de ser tratadas genéticamente para lograr la extracción del perfil biológico correspondiente y proceder a la reseña genética del individuo. Por su parte, la elaboración de la huella genética del sujeto conocido requiere la obtención previa de una cantidad mínima de material genético a través de una intervención corporal. El paso siguiente implica la inclusión del dato genético en una base de datos policial para proceder a su comparación continua e indiscriminada a lo largo de todo el tiempo de permanencia en la base de datos.

El propósito de este trabajo es estudiar la afectación de los derechos fundamentales del individuo en cada uno de los momentos que suman la realización de la prueba de ADN, con especial atención al derecho a la intimidad en cada una de sus vertientes, a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, según veremos, en el momento de la obtención de la muestra quedaría afectada la intimidad corporal, en el tratamiento de la muestra entraría en juego el derecho a la intimidad genética y, por último, el derecho a la autodeterminación informativa quedaría comprometido en el momento de la incorporación del perfil genético en la base de datos.

⁵ Se puede consultar el texto de la resolución en el siguiente enlace: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf

⁶ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I)”, en *Revista Derecho y Genoma Humano* 27/2007, pp. 39-53.

2. CONSIDERACIONES LEGALES EN TORNO A LA PRUEBA DE ADN

a. Ley de Enjuiciamiento Criminal

i. Reforma precipitada de 2003

No fue hasta el año 2003 cuando se incorporaron en la legislación española algunas previsiones en torno a la prueba genética, si bien notoriamente escasas teniendo en cuenta que las consideraciones legales que a continuación se exponen son susceptibles de suponer la afectación de derechos fundamentales del individuo, lo que requeriría un nivel de certidumbre y seguridad que no se desprende de los arts. 326 y 363 LeCrim. En efecto, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal, incorpora en su Disposición Final primera tres normas a la LeCrim⁷:

- i. Se añade el párrafo tercero del art. 326, según el cuál: *“cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282”*.
- ii. Se incorpora el párrafo segundo al art. 363, a cuyo tenor literal: *“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. 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”*.

⁷ DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, La Ley Penal, nº 91, marzo 2012, La Ley.

iii. Finalmente, se añade a la LeCrim una nueva Disposición Adicional tercera que requiere al gobierno la regulación mediante Real Decreto de la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, *“a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, 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 los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes”*.

b. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (Non nata)

El texto propuesto en 2011 reserva especialmente el Capítulo V para regular en sus arts. 262 a 267 lo relativo a la investigación mediante marcadores de ADN. Uno de los aspectos que consideramos más relevantes de la reforma intentada de 2011 son sus consideraciones en torno a la necesidad de autorización judicial para el análisis de la muestra.

En efecto, según la propia Exposición de Motivos del texto, *“el perfil del investigado podrá obtenerse bien con el consentimiento del afectado, bien, en su defecto, con la autorización del Juez de Garantías. Si a tal fin resulta necesaria la práctica de una inspección o intervención corporal, se procederá conforme a las disposiciones particulares que regulan esta modalidad de acto de investigación”*.

El texto de 2011 prohíbe *“en cualquier caso, la utilización de muestras biológicas del investigado obtenidas de forma subrepticia o con engaño. Otra solución degradaría las cautelas que se fijan en la regulación de la diligencia, que pasarían a ser meramente nominales. Hay que tener presente que se establece la posibilidad de obtención coactiva de la muestra (...) con lo que, en la nueva regulación, el recurso a un ardid o engaño pierde toda utilidad y justificación”*.

En cuanto a las muestras abandonadas, se permite su análisis *“siempre que puedan atribuirse fundadamente al investigado y que éste preste su consentimiento. A estos efectos, deberá ser*

debidamente informado de las condiciones en las que la muestra ha sido hallada y de la finalidad con la que puede utilizarse. Evidentemente, también en este caso el juez podrá suplir con su autorización la falta de consentimiento. En cambio, sólo con autorización del Juez de Garantías y en los supuestos de delitos graves podrán emplearse las muestras obtenidas con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación biomédica”⁸.

c. Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013

La Propuesta de nueva LeCrim de 2013⁹, a nuestro juicio menos garantista que su predecesor de 2011, se ocupa de la prueba genética en sus arts. 287 a 290. En cuanto a la recogida de vestigios, se afirma la obligación de la Policía Judicial, de oficio o siguiendo instrucciones del Fiscal, de asegurar que la recogida, custodia y examen de huellas o vestigios biológicos tenga lugar en condiciones que aseguren su autenticidad, y de verificar los datos identificativos obtenidos con los datos almacenados en la base de datos sobre identificadores genéticos (art. 287)¹⁰.

En cuanto a la toma de muestras del encausado (art. 288), cabe que el mismo facilite una muestra de contraste para su posterior cotejo con la muestra obtenida en las condiciones del art. 287. Por otro lado, la Policía Judicial no solo podrá tomar las huellas o vestigios hallados en el lugar donde tuvo lugar

⁸ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, disponible en: http://www.elderecho.com/actualidad/Anteproyecto-Ley-Enjuiciamiento-Criminal_EDEFIL20110728_0006.pdf

⁹ Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774423012/ListaPublicaciones.html>

¹⁰ Uno de los principales riesgos que supone el actual sistema de instrucción es, como indican LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *“la pérdida de la imparcialidad en el ejercicio de la función de garantía”*. Este compromiso queda patente desde el momento en el que el Juez Instructor debe ejercer a la vez dos tareas completamente antagónicas: de un lado, la de dirigir la investigación y, de otro lado, la de establecer los límites en dicha investigación en garantía de los derechos de la persona investigada, garantías que *“en principio debieran servir de escudo frente al interés del Estado en esclarecer lo acontecido con todos los medios a su alcance”*. Una de las ideas clave del proyecto implica la redefinición de las funciones de Juez y Fiscal, y éste debe ser el contexto a tener en cuenta para el estudio de la regulación de la prueba de ADN en el texto de 2013. Siguiendo el análisis de DEL MORAL GARCÍA, el Fiscal *“pasa a asumir las tareas de investigación y el Juez de instrucción un papel de garantizador de los derechos durante esa fase. En el debate sobre la opción entre el continuismo –Juez de Instrucción-, o la innovación –Fiscal investigador- ha ido engrosándose el número de los favorables a romper con la tradición del Juez de Instrucción ya abandonada en casi todos los países propugnando la inclusión en la creciente constelación de ordenamientos que atribuyen las competencias para las investigaciones previas al Ministerio Fiscal. El prelegislador, (en el proyecto de 2013), ha apostado decididamente por este segundo modelo como hizo el Anteproyecto de 2011”*. Para un mayor estudio de la cuestión, DEL MORAL GARCÍA, A., *“Retos legislativos 2014: la reforma del proceso penal, otra vez”*, en Consejo General de la Abogacía Española y LÓPEZ ORTEGA, J.J., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *“El proceso penal como sistema de garantías (I): la imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Propuesta de Código Procesal Penal”*, Diario La Ley, nº 8077, 7 de mayo de 2013.

el hecho delictivo, sino que podrá igualmente recoger las muestras abandonadas por el afectado siempre y cuando no medie engaño.

En definitiva, respecto de la legislación actual (arts. 326.2 y 282 LeCrim) que parece permitir la recogida de muestras sin autorización judicial por parte de la Policía Judicial siempre que exista peligro de desaparición de las mismas, el borrador de 2013 no exige dicho peligro, autorizando en su art. 288.3 a la Policía Judicial a proceder a la recogida de restos biológicos, incluido la muestra abandonada, en cualquier caso.

En cuanto a la puesta a disposición judicial de la muestra, del art. 287 del borrador no se deriva la puesta a disposición de la muestra, en contradicción con el propio art. 79.1 del mismo instrumento, en cuanto *“iniciativa propia (...) asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición del Ministerio Fiscal”*¹¹.

3. TOMA DE LA MUESTRA Y DERECHO A LA INTIMIDAD CORPORAL

Una vez contextualizado el marco legal de la prueba genética, en este apartado nos ocuparemos del primer momento en el que descomponemos la realización de la prueba de ADN, es decir, la recogida de la muestra y cuál puede ser el impacto de la actividad tendente a su obtención en los derechos fundamentales del individuo. A su vez, distinguiremos entre la obtención de la muestra dubitada, esto es, aquella en la que se desconoce la identidad del sujeto portante, y la muestra indubitada, aquella sobre la que no hay duda acerca de su procedencia. En este último caso, distinguiremos si en la obtención de la muestra se cuenta con la colaboración del sujeto pasivo o si la obtención se realiza al margen de éste.

Como veremos, los derechos fundamentales que pueden verse en entredicho en el caso de la muestra indubitada serían el derecho a la no autoinculpación, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a un trato no degradante y el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa¹². Por

¹¹ GÓMEZ AMIGO, L., “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN”, en Diario La Ley, nº 8324, 3 de junio de 2014 y CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, Diario La Ley, nº 8213, 17 de diciembre de 2013.

¹² SOLETO MUÑOZ, H., “La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN..., de los métodos basados en la percepción a la prueba científica”, Tirant lo Blanch, 2009, p. 102.

su parte, si se trata de la recogida de muestras dubitadas, al ser su procedencia desconocida, no se vulneraría ningún derecho fundamental concreto.

a. Muestra dubitada

La recogida de muestras biológicas del lugar en el que se cometió el hecho se rige por lo dispuesto en el art. 326.3 de la LeCrim, según el cuál y como hemos señalado anteriormente, *“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 verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282”*. En base a este último precepto, correspondería a la Policía Judicial, entre otras funciones, *“recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito”*.

De manera que, de conformidad con los arts. 326 y 282 LeCrim, cuando se trata de muestras dubitadas, la Policía Judicial estará autorizada a recoger muestras de la escena en los casos que exista riesgo de desaparición o degradación de la muestra, sin que para ello sea necesario que lo haya ordenado el juez¹³.

La Disposición Adicional tercera de la LO 10/2007 se ha ocupado de la obtención de las muestras biológicas. Según la misma, para el esclarecimiento de los delitos cuyos tipos deben ser incluidos en la base de datos policial (art. 3.1 LO 10/2007), la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado (muestra indubitada), así como del lugar del delito (muestra dubitada). Así, en línea con MARTÍN PASTOR, entendemos que *“por aplicación directa de dicha Disposición Adicional (...) las muestras dubitadas del lugar del delito podrán ser tomadas directamente por la Policía Judicial, sin intervención de la autoridad judicial, pero debiéndose garantizar en todo caso la cadena de custodia”*¹⁴.

¹³ RAMOS ALONSO, J.V., “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación penal”, Diario La Ley, nº 7364, 17 de marzo de 2010.

¹⁴ MARTÍN PASTOR, J., “Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: la recogida por la Policía Judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del

La importante STS 685/2010 [RJ 2010/7322] ha resuelto que *“cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. 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”*.

En este punto, el Tribunal Supremo se ha preguntado qué sucedería cuando, sin mediar autorización del Juez de Instrucción y sin que se pueda apreciar riesgo de deterioro o desaparición de la muestra, intervenga la Policía Judicial y, siguiendo sus Protocolos de actuación, proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del Juez y aportando a la causa sus resultados¹⁵.

El mismo Tribunal, en su STS 949/2006 [RJ 2006/6533] y en su STS 179/2006 [RJ 2006/717] considera que *“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 de la STS 501/2005 [RJ 2005/4190], en la que los magistrados entendieron que la cadena de custodia no ofrecía las garantías necesarias, por lo que se declara la invalidez de la toma de la muestra por parte del funcionario policial realizada sin la concurrencia de razones de urgencia y, siguiendo la teoría del árbol envenenado, se declara la ilegalidad del análisis de ADN, así como de su resultado.

La recogida de muestras sin que medie intervención judicial y sin que se puedan apreciar razones de urgencia que motiven su recogida, no vicia necesariamente la prueba genética en el sentido del art. 11.1 LOPJ, puesto que ningún derecho fundamental resulta vulnerado. Así, la prueba obtenida de esta manera no sería una prueba ilícita sino una prueba ilegal, entendiéndola como una infracción procesal que no invalidará la prueba de ADN *per se*¹⁶. Esta es la postura que se ha mantenido por el Tribunal Supremo en sus STS 701/2006 [RJ 2006/5175], 949/2006 [RJ 2006/6533], 1267/2006 [RJ 2007/390] ó 1190/2009 [RJ 2010/2016].

sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal” en PÉREZ GIL, J., “El proceso penal en la Sociedad de la Información”, La Ley, 2012, p. 415.

¹⁵ RAMOS ALONSO, Op. Cit., p.3.

¹⁶ CASTILLEJO MANZANARES, Op. Cit., p. 5.

Desde nuestro punto de vista, siempre que Policía o Guardia Civil recojan muestras amparados en razones de urgencia deben dar cuenta inmediatamente a la Autoridad Judicial competente.

En lo que se refiere a la obtención de la muestra dubitada no hay afectación de derechos fundamentales, puesto que se desconoce la identidad del sujeto del que proviene la muestra. En el caso de que la escena objeto de estudio se encuentre en la vía pública, la muestra que se tome tendría la consideración de *res nullius*, así, la Policía podrá recogerlo sin más (STS 179/2006 [RJ 2006\717]). Si se tratase de un edificio o lugar público, la providencia de entrada que deberá dictar el juez le faculta a ordenar la recogida de restos biológicos (arts. 546 y 547 LeCrim). Y, si la escena estuviese en un domicilio o lugar privado, el auto motivado de entrada (art. 550 LeCrim) le facultaría a ordenar la recogida de muestras sin que sea preciso un auto individual para cada una de las muestras que se pretenda obtener¹⁷.

b. Muestra indubitada

Como señala PRIETO RAMIREZ, la controversia jurídica a efectos de validez de la prueba no se suele plantear con las muestras dubitadas, sino más bien respecto a la toma de la muestra directamente del cuerpo del acusado o en torno a la muestra abandonada: vaso que se recoge en dependencias policiales, colilla o esputo que se recogen... En este sentido, distinguimos tres opciones diferentes en los ordenamientos de Derecho comparado:

- i. *Aquel que habilita a las Fuerzas de Seguridad para tomar muestras biológicas, de oficio, tanto del lugar del crimen como de cualquier persona sospechosa, como sería en caso de Reino Unido.*
- ii. *Estados que habilitan a las Fuerzas de Seguridad para tomar las muestras del lugar del crimen y de personas sospechosas, pero bajo determinadas circunstancias, sería este el caso de países como Holanda o Bélgica.*

¹⁷ RAMOS ALONSO, Op. Cit., p. 3.

iii. *Estados que exigen, siempre, autorización judicial previa para la toma de muestras biológicas de persona sospechosa o detenida, como sucede en el caso alemán*¹⁸.

Nos ocuparemos en este apartado de la toma de la muestra indubitada, la cual generalmente se toma del cuerpo del sospechoso con su consentimiento. Si se declina el consentimiento, y en base a la Disposición Adicional tercera de la LO 10/2007, será necesaria la autorización judicial, puesto que tan solo estos dos supuestos, consentimiento informado y autorización judicial, actúan como presupuesto legitimador de la injerencia.

i. Toma de la muestra sobre el cuerpo del sospechoso

Para la obtención de las muestras corporales resulta de aplicación el régimen de las intervenciones corporales y, por tanto, los derechos que pueden verse afectados son el derecho a la intimidad corporal y a la integridad física. No obstante, en uno y otro caso la injerencia es mínima, teniendo en cuenta además que la práctica más habitual en la actualidad para obtener una ínfima cantidad que ya permite la realización del análisis es el frotis bucal.

Sin embargo, que la injerencia sea mínima no implica que el comportamiento dirigido a la obtención de la muestra sea intrascendente desde el punto de vista constitucional. La concepción del Tribunal Constitucional en torno a la intimidad corporal ha ido evolucionando, si bien al principio se entendía conectado con criterios culturales (STC 37/1989 [RTC 1989/37], STC 120/1990 [RTC 1990/120], STC 137/1990 [RTC 1990/137] y STC 57/1994 [RTC 1994/57] entre otras), en la actualidad se considera que la protección constitucional abarca todas las partes del cuerpo que de forma habitual no se exponen a la vista de los demás.

En línea con LÓPEZ ORTEGA, *“desde esta perspectiva, es evidente, como argumenta la SAP Sevilla 650/2013 [ARP 2013/1262], que la boca, aun no siendo una zona anatómica objeto de especial pudor o recato, no deja de ser una cavidad corporal cuyo interior normalmente permanece oculto a la*

¹⁸ PRIETO RAMIREZ, M^a.L., “La Ley Orgánica de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del Derecho comparado”, La Ley Penal, n^o 54, La Ley, 2008.

vista de terceros”¹⁹. Continúa el Fundamento Jurídico 6º, “en esa medida, creemos, existe una diferencia entre la toma de muestras biológicas para la obtención del perfil de ADN del sujeto y otras intervenciones corporales, como análisis de sangre o de cabello o exploraciones radiológicas, que no suponen esa intromisión en una zona corporal reservada; de modo que en la primera, a diferencia de las últimas, sí puede considerarse afectado, bien que siempre de modo leve, el derecho a la intimidad corporal, junto al derecho a la integridad física y, como veremos el derecho a la intimidad. En definitiva, por todo lo expuesto, no podemos compartir la pretensión de minimizar la incidencia de la intervención corporal que nos ocupa en los derechos fundamentales del imputado como punto de partida para el análisis de los requisitos del consentimiento legitimador de la misma”²⁰.

Sin perjuicio de que se entienda una injerencia en el derecho a la integridad física del art. 15 CE o porque se considere vulnerado el derecho a la intimidad genética del art. 18.1 CE, lo relevante es que consentimiento y, en su defecto, la autorización judicial son los únicos presupuestos que respaldarían la actuación investigadora.

- Asistencia letrada y consentimiento informado

La Disposición Adicional tercera presenta ciertas carencias en la regulación de la obtención de la muestra indubitada, dejando en el aire algunas cuestiones importantes en torno a la misma. En este sentido, la doctrina ha manifestado sus dudas en relación a la exigibilidad del consentimiento informado, las condiciones o exigencias requeribles para la validez del consentimiento, la forma en la que se debe prestar y las personas ante las que debe hacerse.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la validez del consentimiento estará condicionada a que se haya informado previamente al interesado de los hechos que se le atribuyen y de todos sus derechos, entre ellos, el de negarse a la práctica de la toma de muestras biológicas. Además, entendemos, sería pertinente que la prestación del consentimiento por el sujeto sometido a la

¹⁹ LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013), texto no publicado.

²⁰ SAP Sevilla 650/2013 [ARP 2013/1262], FJ 6º.

investigación criminal sea prestado con la debida asistencia letrada. Sólo de esta manera el consentimiento podrá calificar de informado.

Conviene en este punto reseñar el art. 767 LeCrim, aplicable en el ámbito del procedimiento penal abreviado, exige la asistencia letrada desde que exista una detención o desde que de las actuaciones resulte la imputación de un delito contra una persona determinada. Por su parte, el art. 118.4 LeCrim exige el nombramiento obligatorio de letrado “*cuando la causa llegue a un estado en el que se necesite el consejo de éste*”, y pueda ser necesario el consejo para la prestación del consentimiento y para la toma de muestras biológicas, para que ambos actos se lleven a cabo con las garantías legales y jurisprudenciales establecidas²¹.

Podría pensarse que para la toma del vestigio no son necesarias más garantías, a sabiendas que la recogida no se realiza de forma agresiva y que incluso en determinadas circunstancias, como luego veremos, ni siquiera es necesaria la cooperación del sujeto investigado. A nuestro modo de ver, esto no sería así, y ello porque la potencialidad lesiva de la muestra nos obliga a contemplar ciertas cautelas que en otros tipos de identificación no se observan. De un lado, el peligro de contaminación de la muestra es elevado, por lo que sería preciso que el abogado, incluso del “sospechoso” pueda contrastar que la toma de la muestra fue realizada correctamente²². Por otro lado, es importante llevar el control no solo de las condiciones en las que se ha efectuado la recogida de la muestra, sino también qué se hace con ella posteriormente. En efecto, la muestra se almacena y custodia, debiendo ser todo ese proceso controlado.

Como indican MIRANDA ESTRAMPES y NIEVA FENOLL, “*la potencialidad investigadora del vestigio biológico es tan grande que la lesión de derechos fundamentales que comporta solamente puede ser practicada en una persona que previamente haya sido advertida de tal lesión*”²³. Así, el TEDH en el caso *S. y Marper vs. Reino Unido* [TEDH 2008/104], no sin cierta polémica en su traducción respecto de la versión oficial en inglés, establece que “*la Ley ha de ser así suficientemente*

²¹ DEL OLMO DEL OLMO, Op. Cit., p. 16.

²² Por esta línea se podría reflexionar acerca de si se requiere asistencia letrada también para el que ostentando la condición de sospechoso, se le requiere una muestra biológica. Se trata de un tema muy amplio que excede el propósito de este trabajo y que exige una mayor reflexión posterior. No obstante, para una mejor comprensión de los argumentos en este punto adelantamos que desde nuestro entendimiento la potencialidad lesiva de la muestra para la intimidad genética del sujeto investigado nos lleva a posicionarnos a favor de la asistencia letrada también para el sospechoso. Si bien, esta interpretación favorable (a) o entra en contradicción con el art. 767 LeCrim que habla de la asistencia letrada desde la detención o (b) nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de la imputación para la recogida de la muestra, lo que parece a priori incompatible con el Disposición adicional tercera de la LO 10/2007.

²³ MIRANDA ESTRAMPES y NIEVA FENOLL, Op. Cit., p.129.

accesible y previsible, es decir, ha de estar enunciada con la suficiente precisión para permitir que la persona –si es necesario, con el apropiado asesoramiento– regule su conducta”. La literalidad de la sentencia ofrece varias soluciones en el marco de las legislaciones nacionales, no obstante, la necesidad de asesoramiento se configura como un requerimiento irrevocable a sabiendas de la relevancia de la diligencia y sus efectos.

Desde nuestro punto de vista, en lo que se refiere a la asistencia letrada, no se debería hablar de una garantía paralela a la detención, sino más bien de una garantía de carácter general, en el sentido de que solo con la preceptiva asistencia letrada se puede asegurar que el consentimiento se preste a sabiendas de todas las implicaciones que ello supone, siendo consciente de toda la información al respecto y ello al margen de que el sujeto que favorezca la muestra se encuentre en libertad o privado de ella.

En definitiva, el consentimiento ha de ser libre y voluntario, quedando prohibida cualquier tipo de actuación coercitiva o engañosa en torno al mismo. Además, para que el consentimiento sea efectivamente informado, el interesado debe recibir información acerca de todo aquello que guarde relación con la pericial de ADN, lo que nos lleva a reflexionar en torno al contenido mínimo y condiciones en las que debe realizarse ese conocimiento informado.

En este sentido, entendemos, que debe proporcionarse información sobre:

- i. El tipo de reconocimiento, inspección o intervención corporal se va a llevar a cabo para la obtención de la muestra;
- ii. Las concretas pruebas periciales se van a practicar, cuál será la finalidad de la prueba y qué tipo de información se quiere obtener. En la práctica hay algunos formularios que generan confusión por ser excesivamente ambiguos, así, se emplea la frase "*a fines de investigación*", cuando en realidad se requiere esa muestra para la investigación de ese delito o de otros²⁴. Aquí además, no podemos dejar de mencionar el debate entre ADN codificante y no codificante, en el sentido de

²⁴ En este sentido llama especialmente la atención lo previsto en el formulario disponible en el Anexo II de la ponencia de MORENO VERDEJO, J., “ La prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza”, presentada en el marco del Curso sobre Genética Forense celebrado en Madrid, en mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales, en cuanto en el documento de consentimiento informado se hace referencia en su punto primero a “*que los datos y resultados obtenidos tras la realización de dichos análisis podrán ser utilizados para identificación genética sobre ADN meramente identificador, en la presente investigación o en otras, anteriores o futuras, que se sigan por la comisión de aquellos delitos para los que la legalidad vigente autoriza el régimen y tratamiento de los perfiles de ADN, obrando dicha información en ficheros policiales*”, contraviniendo las indicaciones del propio TEDH y favoreciendo las denominadas investigaciones prospectivas.

que, como se verá más adelante, la jurisprudencia justifica el respeto a la intimidad genética en la medida en que sólo se almacenaría el ADN no codificante, sin reparar en que esto no impide que los avances de la ciencia permitan obtener más información relevante a partir de esas muestras;

- iii. Cuál va a ser el destino no sólo de las muestras, sino también de los perfiles genéticos que se puedan obtener tras el análisis pericial y,
- iv. La inscripción en una base de datos del perfil biológico obtenido y los derechos que puede ejercer el interesado a consecuencia de esa inscripción. En caso contrario, nos podemos encontrar con datos que se mantengan mas allá de lo previsto legalmente, incluso en los casos de sobreseimiento los datos podrían permanecer en la base hasta la fecha de prescripción del delito. Además, toda esta información habría que transmitirla en lenguaje comprensible, lo que nos llevaría en algunos casos a precisar la asistencia de intérprete²⁵.

Parece claro que, dada la complejidad de las cuestiones que se han de incluir en ese consentimiento informado, solo en el caso de que se disponga de la oportuna asistencia letrada queda convenientemente asegurado que el interesado ha tenido la información adecuada para prestar consentimiento satisfactoriamente.

- **Autorización judicial y coacción física o moral**

Uno de los supuestos que plantean una mayor complejidad es el caso en el que se necesite la aportación de una muestra indubitada al proceso con el objeto de proceder al cotejo de ADN y no media el consentimiento del sujeto pasivo.

En esta hipótesis, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, y si concurren acreditadas razones que lo justifiquen, a cuyos efectos podrá decidir la práctica de

²⁵ Notas propias tomadas en la conferencia “Garantías Constitucionales en la toma de muestras de ADN” impartida por MIRANDA ESTRAMPES y LÓPEZ ORTEGA en la Universidad Carlos III de Madrid el 20 de diciembre de 2013.

aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y racionalidad²⁶.

A estos efectos, y si bien el párrafo segundo del art. 363 LeCrim regula las condiciones requeridas para que el Juez instructor acuerde la práctica de la diligencia de investigación, ha sido la jurisprudencia la que ha perfilado con más detalle los requisitos del mencionado precepto. En este sentido, señalamos la STS 968/2006 [RJ 2006/6474] que especifica en su Fundamento Jurídico :

- i. *“Concurrencia de razones acreditadas que lo justifiquen, lo que debe conectarse con la importancia del delito que se está investigando, obviamente en la delincuencia menor o de bagatela, no sería admisible la utilización de esta prueba.*
- ii. *Necesidad de la prueba en orden a concretar la intervención del sospechoso en el delito que se está investigando.*
- iii. *Decisión del Juez o, lo que es lo mismo, control judicial a la hora de acordar la prueba.*
- iv. *Como toda decisión judicial, debe venir sustentada por la imprescindible motivación, que verifique el juicio de ponderación entre la intromisión en la intimidad personal que supone la obtención de muestras biológicas del individuo concernido y la necesidad de investigar un hecho grave y además la necesidad/imprescindibilidad de tal prueba. Por tanto, respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.*

En relación con el párrafo anterior, el Tribunal Supremo ha entendido que en los casos en los que mediante auto motivado el Juez ordene la extracción de una muestra no se requiere asistencia letrada. Sin embargo, como hemos sostenido en el epígrafe anterior, desde nuestro punto de vista es apropiado que el sujeto investigado cuente en todo caso con abogado. Así debiera igualmente suceder en los casos en los que el Juez ordene la extracción respecto a un sospechoso (en torno al cuál deben existir unos mínimos indicios a valorar por el propio juez).

Una vez dictada la resolución judicial al efecto, quedan aún por dilucidar los efectos de la misma, especialmente en el caso de que el sujeto pasivo continúe negándose a la obtención de la muestra. Se trataría de averiguar si la resolución judicial supone una obligación legal para su destinatario o si se trataría de una mera carga procesal.

²⁶ ÁLVAREZ DE NEYRA-KAPPLER, S., “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada”, en La Ley Penal, nº 102, mayo-junio 2013.

En caso de que nos decantásemos por la primera opción, cabría plantearse la posibilidad de ejercer algún tipo de coacción, bien directamente a través de la fuerza física o con la amenaza de ser castigado por un delito de desobediencia. En la hipótesis de la segunda alternativa, la negativa a la toma de la muestra es posible plantearse la eventualidad de que esa negación sea valorada como un indicio de culpabilidad, como sucede en Reino Unido, sin perjuicio de que además puedan imponerse las cargas derivadas de la propia obligación procesal.

Este además es un aspecto esencial en tanto el empleo de la *vis física* o de la coacción puede a su vez afectar a derechos fundamentales tales como el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física, y a no sufrir tratos degradantes (art. 15 CE) y el ya mencionado derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

Doctrina y jurisprudencia coincidían en considerar la inviabilidad de recurrir al uso de la fuerza para la toma de la muestra con anterioridad a la reforma de 2003. En este sentido se pronunciaban, entre otras, la STC 107/1985 [RTC 1985/107] o la STS 107/2003 [RJ 2003/2285], estableciendo que “(...) *la sumisión a una prueba que supone una invasión de la integridad corporal del sospechoso, como la que supone la extracción de sangre o de cualquier otro tejido o sustancia corporal para realizar un análisis científico, puede ofrecer colisiones con el respeto a la integridad corporal y con el derecho que tiene todo acusado a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle. (...) Según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC de 29 de noviembre de 1984 [RTC 1984/114] y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado*”.

El legislador no aprovechó la reforma de 2003 ni la ocasión de la LO 10/2007 para aclarar su postura en torno al uso de la fuerza física para la obtención de muestras biológicas indubitadas. No es el caso en otros preceptos de la LeCrim, como el art. 391 que establece que “*el Juez podrá ordenar al procesado, pero sin emplear ningún género de coacción, que escriba en su presencia algunas palabras o frases, cuando esta medida la considere útil para desvanecer las dudas que surjan sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya*”.

Frente a la falta de previsión legal expresa y al suponer el recurso a la fuerza física una limitación importante de derechos fundamentales, entendemos que una concepción favorable a los derechos fundamentales nos llevaría a negar el recurso a la *vis física* para la obtención de la muestra. Parece que es esta también la posición del Tribunal Supremo cuando en su STS 685/2010 [RJ 2010/7322] afirma que: *“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 (RCL 1985, 1578, 2635), colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados”*.

No obstante, si bien se niega el empleo de la fuerza física, esto no evita que la orden judicial implique una obligación para el sujeto pasivo y deje abierta la puerta a la imposición de sanciones en los casos en los que la negativa sea reiterada y clara, no siendo suficiente la mera resistencia en el cumplimiento de la orden.

ii. Toma de la muestra al margen del sospechoso

En este apartado nos ocuparemos de analizar los supuestos en los que la toma de la muestra corporal por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se obtiene de manera subrepticia a partir de un acto voluntario de expulsión o de un acto de abandono de la muestra por parte del sujeto investigado.

Si bien lo habitual es que la muestra se obtenga directamente del afectado, aparecen desde nuestro punto de vista varias cuestiones que precisan atención cuando el sujeto pasivo no accede a la práctica de la intervención corporal. Esto puede suceder bien porque no reúna las aptitudes físicas o psíquicas necesarias para prestar el consentimiento o cuando se opta por actuar reservadamente sin manifestar al sospechoso que se va a extraer su ADN para después compararlo con muestras halladas en el lugar de los hechos.

El entorno en el que se obtiene la muestra es una variable determinante para valorar cuál es el régimen legal aplicable. La casuística demuestra que existen varias posibilidades, no solo en función de

si la muestra se obtiene con conocimiento o no del sospechoso sino también de si, dentro de este último supuesto, el agente recoja una muestra o favorezca que el sospechoso la suministre.

El denominador común de las sentencias que nos servirán para guiar la posición actual del Tribunal Constitucional es precisamente que, en todos estos casos se emplean muestras en cuya recogida (colilla, esputo o vaso) no ha mediado manifestación de voluntad alguna del sujeto, a favor o en contra de la injerencia.

Este tipo de situaciones se plantean desde el conflicto que supone que el art. 363 LeCrim, en torno a la recogida de muestras indubitadas, no precisa si la Policía Judicial pudiera recoger como indubitados restos genéticos o muestras biológicas expulsadas o abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial en los supuestos en los que no es necesario realizar actos de inspección, reconocimiento o autorización judicial²⁷.

En estos casos a los que la jurisprudencia se refiere generalmente como “*muestras abandonadas*”, como sucede en la STC 199/2013 [RTC 2013/199], por la propia configuración de la obtención en sí, no supone un entrometimiento en el derecho a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) ni a la integridad física (art. 15 CE). No obstante, ello no implica que el tratamiento de la muestra deba llevarse a cabo al margen del sospechoso. En estos supuestos, ante la falta de consentimiento informado por la reserva con la que se lleva a cabo la investigación, siempre será necesario, desde nuestro punto de vista, contar con autorización judicial.

- **Obtención subrepticia de la muestra abandonada**²⁸

Estos vestigios biológicos serán normalmente recogidos siguiendo los protocolos fijados al efecto por la Policía Judicial. La legitimidad de la obtención de estas muestras deriva de la LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Real Decreto 769/1987 sobre la regulación de

²⁷ MARTÍN PASTOR, Op. Cit., p. 421.

²⁸ En este punto, si bien la jurisprudencia suele referirse e manera genérica a “muestra abandonada”, consideramos que la interpretación más adecuada es entender a la muestra como abandonada y a la obtención subrepticia.

la Policía Judicial²⁹. Además, es importante tener en cuenta lo establecido en el actual art. 284 LeCrim, en virtud del cual, los agentes de la Policía Judicial deberán mantener al corriente a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal sobre las actuaciones que lleven a cabo en el curso de una investigación criminal.

Por su parte, el art. 326, establece que el Juez adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las muestras se cotejen en las circunstancias que aseguren su fiabilidad. Sumándonos a la interpretación de ROMEO CASABONA lo que realmente se establece en la literalidad de este precepto es que *“la recogida, custodia y examen de esas muestras o vestigios deberá contar con la autorización y control judicial, sin perjuicio, naturalmente de que todo ello se lleve a cabo con la diligencia y cautela exigibles”*³⁰.

Desde un punto de vista garantista, esta reserva judicial se entiende como acertada, sin perjuicio de lo previsto en el art. 282 LeCrim al que se remite el mencionado art. 326 de forma, a nuestro modo de ver, demasiado amplia. ETXEBERRÍA GURIDI y ROMEO CASABONA coinciden en este punto al entender que dicha remisión ha de entenderse como una singularidad respecto de las prerrogativas genéricas propias de la autoridad judicial, apoyada en el riesgo de desaparición, destrucción deterioro de la muestra. Como tal excepción habría que atribuirle por tanto un carácter en todo caso extraordinario, sin perjuicio de que, aún en estos casos, siga correspondiendo a la autoridad judicial decidir sobre la custodia y el análisis de la muestra así obtenida³¹.

En definitiva, cuando los vestigios biológicos se encuentran separados del cuerpo, el tratamiento de la muestra con el objetivo de averiguar los marcadores de ADN debe ser autorizada judicialmente

²⁹ El art. 11. 1 de la LO 2/1986, establece que: *“Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: (...) g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”*. Por su parte, el art. 4 del mencionado RD 769/1987 dispone: *“Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial”*.

³⁰ ROMEO CASABONA, C.M^a. y ROMEO MALANDA, S., “Derecho y proceso penal: los identificadores de ADN en el Sistema de Justicia Penal”, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 23, 2010, p.93.

³¹ ETXEBERRIA GURIDI, F., “Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre” y ROMEO CASABONA, C.M^a. y ROMEO MALANDA, Op Cit., p.94.

como condición de validez, a excepción de que la obtención sea conocida por el interesado y haya accedido a la realización del análisis.

Al margen de este último supuesto, corresponde a la autoridad judicial ordenar la realización del análisis de la muestra puesto que, como señala LÓPEZ ORTEGA, solo *“a la autoridad judicial compete la realización del juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia en un ámbito de intimidad constitucionalmente protegido”*³².

Esta también parece ser la opción del ordenamiento alemán, cuyo art. 81 StPO prevé la realización de análisis sobre muestras obtenidas directamente del cuerpo del interesado y sobre vestigios encontrados, si bien la competencia para ordenar dichos análisis compete exclusivamente al juez.

- **Análisis de la situación actual a través de la jurisprudencia constitucional**

El Tribunal Constitucional ya había tenido ocasión de referirse a casos de características semejantes en torno a intervenciones o reconocimientos corporales que, aún sin afectar a la integridad física, pudieran suponer una intrusión injustificada en el derecho a la intimidad personal. Sin embargo, esta es la primera ocasión en la que el Tribunal se pronuncia sobre la problemática existente en el recurso a la prueba de ADN como medio de investigación y prueba en el proceso penal practicada sin que medie intervención o registro corporal.

El Tribunal reconoce sin obstáculos que la recogida de muestras biológicas y la obtención del perfil genético supone una intromisión en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Además de la vertiente del derecho a la intimidad recogida en el apartado primero, el Constitucional también se ocupa de la posible vulneración del derecho a la autodeterminación informativa del art. 18.4 CE. La preocupación por estas cuestiones pondría de manifiesto que, la prueba genética lejos de ser comparable con la huella dactilar, incide en el núcleo constitucional del derecho a la intimidad y, por ello, sería recomendable prever su limitación legalmente e insistir en la exigencia de control judicial en la toma y

³² LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013), texto no publicado.

análisis de la muestra, así como el respeto a los estándares de proporcionalidad definidos por el propio Tribunal Constitucional.

En el precedente jurisprudencial que supone la STC 199/2013 [RTC 2013/199], la Policía Autónoma vasca practica una análisis de ADN a partir de la recogida subrepticia de un esputo arrojado en una celda por una persona detenida como sospechosa de la comisión de un hecho delictivo en el marco de la *kale borroka*. Sin mediar autorización judicial, el ADN obtenido tras el análisis de la muestra fue posteriormente cotejado con un perfil genético obtenido a partir de los restos biológicos hallados en una prenda encontrada en el lugar de la comisión del delito investigado. Una vez obtenidos los resultados e identificado el sospechosos como autor de los hechos, el análisis fue puesto a disposición judicial para su incorporación al proceso. Los órganos judiciales ordinarios validaron la actuación policial carente de intervención judicial, dando lugar a sentencia condenatoria sobre el luego recurrente en amparo ante el Constitucional, que resolvió la cuestión en la mencionada sentencia de 5 de diciembre.

El Tribunal Constitucional dicta seis sentencias más resolviendo casos análogos y empleando una fundamentación jurídica igualmente homóloga a la de la STC 199/2013 [RTC 2013/199] en el mismo contexto de *kale borroca*. En efecto, cuatro de esas seis sentencias (en concreto las STC 13/2014 [RTC 2014/13], 14/2014 [STC 2014/14], 15/2014 [RTC 2014/15] y 16/2014 [RTC 2014/16]) tienen su origen en los mismos hechos: lanzamiento de artificios incendiarios contra la sucursal de una entidad bancaria a fin de que acudieran miembros de la Policía Autonómica, rotura de cristales de un vehículo policial y lanzamiento de cócteles molotov que incendian en vehículo y provocan quemaduras graves a los funcionarios que están en su interior.

La quinta de esas sentencias, la STC 23/2014 [RTC 2014/23], tiene su origen en la simulación de un accidente de tráfico. Los presuntos autores colocaron en la vía pública un ciclomotor caído y el supuesto conductor se tendió en el asfalto en una zona próxima al ciclomotor, lo que produjo la detención de un autobús para posteriormente hacer bajar a los ocupantes del autobús e incendiar el vehículo con cócteles molotov. Por ultimo, los hechos que motivaron la última de las sentencias de la serie, la STC 43/2014[RTC 2014/43], se basan en el lanzamiento de cócteles molotov contra la fachada de la sede del periódico El Correo Español del País Vasco.

La prueba de cargo en tres de los casos (STC 13/2014 [RTC 2014/13], 15/2014 [RTC 2014/15] y 16/2014 [RTC 2014/16]) consistió en la prueba de ADN realizada tras la recogida de colillas de cigarro abandonadas por los imputados en sus celdas mientras se encontraban detenidos por otras causas, para la posterior extracción del perfil genético. Los otros tres casos, esto es, los de las STC 14/2014 [RTC 2014/14], 23/2014 [RTC 2014/23] y 43/2014 [RTC 2014/43], tienen además la peculiaridad de que la prueba de ADN se realizó a partir de muestras obtenidas cuando los sospechosos se encontraban en libertad y policías de incógnito les hacían seguimiento.

En el caso de la STC 14/2014 [RTC 2014/14] la muestra se tomó a partir de un vaso que fue utilizado por el sospechoso en un bar, en la STC 23/2014 [RTC 2014/23] se recogieron colillas arrojadas por los sospechosos a la vía pública un año después de la comisión de los hechos y en el supuesto de la última de las sentencias, la STC 43/2014 [RTC 2014/43] se cotejó el ADN tras la recogida de un esputo arrojado por el sospechoso en la vía pública dos años después de la comisión de los hechos y encontrándose, en ambos casos, las diligencias previas sobreesididas provisionalmente. En las seis sentencias las muestras biológicas se confrontaron con los restos biológicos encontrados en prendas halladas en las inmediaciones del lugar donde tuvieron lugar los hechos encausados³³.

iii. Expectativa de privacidad

“La historia del derecho a la intimidad o privacy es una historia típicamente angloamericana”. La doctrina parece de acuerdo en señalar que fue en Estados Unidos, cerca de la década de los 60, donde empezó a surgir el interés por la noción de intimidad de la mano de ideas como la *“autonomía y la libertad individual, la salud mental y el desarrollo personal, las condiciones y el control del acceso de otros a nuestro ámbito íntimo, a nuestros afectos y asuntos particulares”*³⁴.

Desde la definición de WARREN y BRANDEIS como *“the right to be let alone”*, el concepto de intimidad ha ido evolucionando a la vez que lo ha hecho la propia sociedad, con las nuevas demandas de protección que surgen en un contexto cada vez más tecnológico, hasta adquirir en 1965 rango de

³³ Resulta en este punto interesante consultar, DE LA ORDEN, G., “Injerencias de la Policía en los derechos del imputado: la prueba de análisis de ADN desde la jurisprudencia constitucional comparada”, Revista de Pensamiento Penal, nº 167.

³⁴ GALÁN JUÁREZ, M., “El desarrollo del *privacy law* en el ámbito anglosajón” en GALÁN JUÁREZ, M., “Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, pp. 49-65.

derecho constitucional, cuando el Tribunal Supremo americano estableció que el reconocimiento del derecho a la intimidad estaba implícito en distintas enmiendas constitucionales³⁵. WARREN y BRANDEIS construyeron su defensa de la intimidad en torno a precedentes que protegían fundamentalmente el derecho a la propiedad, lo cuál ahora resulta difícilmente armonizable con la consideración del derecho a la intimidad como derecho personalísimo. No obstante, lo cierto es que con su definición se asoció por primera vez el respeto a la intimidad con la dignidad y la inviolabilidad de la persona, pues hasta este momento, la protección del derecho a la intimidad se argumentaba en base al derecho de propiedad o en la existencia de contratos previos³⁶.

Si bien el “*el derecho a la intimidad, derivado de la dignidad de la persona, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*” (STS 239/2014 [RJ 2014/2284], a la luz de la jurisprudencia americana, existen reductos más íntimos que otros; y expectativas mayores o menores según el espacio del que se trate, tema que conecta de lleno con la posible expectativa de privacidad que pudiesen tener los sujetos investigados en el caso de las sentencias analizadas en función del lugar en que se recogieran las muestras.

Como dice el juez KOZINSKI en el voto disidente de la sentencia *United States vs. Kinkade*, no podemos ir a ningún lado sin dejar a nuestro paso muestras biológicas susceptibles de ser recogidas y analizadas. Sin embargo, si no hay expectativa legítima de privacidad en un material tan sencillo de obtener, ¿dónde se sitúa la barrera que impediría que se recogiesen extractos de ADN de prácticamente todo el mundo?³⁷

La Cuarta Enmienda de la Constitución Americana protege el derecho a la intimidad, y, en lo relevante para la prueba de ADN, dicha Enmienda se centra en las propias fronteras psicológicas de la persona en cuanto a su expectativa razonable de intimidad, más que en la cantidad de información que puede ser encontrada. Así, en el caso *Katz vs. United States* el Tribunal Supremo establece que no hay afectación al derecho a la intimidad en lugares en los que el “*hombre medio*” no tendría estas

³⁵ Ibid., p. 54.

³⁶ SUÁREZ ESPINO, M.L., “El derecho ala intimidad genética”, Marcial Pons, 2008, p. 203.

³⁷ La versión original del Juez Alex KOZINSKI dice: [We] can’t go anywhere without leaving a bread-crum trail of identifying DNA matter. If we have no legitimate expectation of privacy in such bodily material, what possible impediment can there be to having the government collect what we leave behind, extract its DNA signature and enhance CODIS to include everyone? Extraído de E. JOH, E., “Reclaiming abandoned DNA: the Fourth Amendment and genetic privacy”, *Northwestern University Law Review*, vol. 100, nº 2, pp. 858-884.

expectativas de intimidad y la propia sociedad presumiría la inexistencia de las mismas. Por ello, en opinión de la Corte parecería razonable asumir que si alguien deja muestras biológicas, independientemente de que se trate de una escena del crimen o cualquier otro espacio público, no tendría una expectativa de privacidad mayor que quien deja huellas dactilares³⁸.

En el caso *California vs. Greenwood*, la Corte defiende que no existe esta expectativa de privacidad en las bolsas de basura apartadas en la cuneta o el bordillo de la calle, que en este caso contenían pruebas del delito de narcotráfico por el que se acusaba a Greenwood. Aún cuando lo cierto es que la Policía interceptó la basura antes de que los servicios de limpieza la recogiesen, el acusado, en opinión de la Corte, no podía alegar invasión en su intimidad al haber dejado la bolsa plástica en un lugar *“particularmente apropiado para inspección pública, (...) cualquiera pudo haber hurgado en ella”*.

Si bien el Tribunal Constitucional no hace mención a la noción de expectativa razonable de intimidad en ninguna de las sentencias objeto de análisis en este trabajo, sí lo ha hecho en sus sentencias 12/2012 [RTC 2012/12], sobre un caso de cámara oculta y en la reciente STC 170/2013 [RTC 2013/170], relativa al uso del correo electrónico en los equipos informáticos del trabajo. Dichas resoluciones afirman que un *“criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (STEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido)”*.

³⁸ ETZIONI, A., “DNA tests and databases in Criminal Justice: individual rights and the common good”, disponible en <http://www.hks.harvard.edu/dnabook/Amitai%20Etzioni%20II.doc>

Desde nuestro punto de vista, la recogida subrepticia de muestras abandonadas amenaza el derecho a la intimidad del sujeto investigado. “*The law permits it, and the Police seek it*”³⁹, en el sentido de que, a la luz de los casos analizados, parece preferirse la obtención subrepticia de una muestra que se espera deliberadamente que sea abandonada, antes que optar por la obtención de la muestra indubitada a partir del consentimiento del sujeto pasivo o una vez obtenida la autorización judicial que posibilite su obtención.

c. Especial problemática del consentimiento en caso de menores

La Comisión Nacional para el uso forense del ADN y la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) se plantearon las dificultades que supondría reseñar biológicamente a menores infractores. A raíz de esta discusión, se debatió sobre el consentimiento de los menores en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, sobre el consentimiento informado en su caso. En el marco de este debate, la Comisión Nacional para el uso Forense del ADN encargó un informe a la FGE emitido el 20 septiembre 2010 sobre la posibilidad de reseñar genéticamente a menores y las condiciones en las que se debía de realizar la toma de la muestra y en el que la Fiscalía aprueba la vigencia de la LO 10/2007 también para el caso de menores infractores.

Por su parte, la Comisión acordó en el Pleno de 30 noviembre 2010 que para mayores de 14 años y menores de 18 sería de aplicación el régimen de adultos, debiendo eso sí, contar con asistencia letrada para la prestación del consentimiento. Para los menores de edad por debajo de los 14 años se atendería a las instrucciones del Fiscal de Menores o, en su caso, de la autoridad judicial.

En las recomendaciones que se elaboraron sobre la actuación de la Policía sobre la valoración de la capacidad del menor, debe quedar constancia de que se trata de un procedimiento en todo caso excepcional y que el policía actuante ha valorado convenientemente la madurez del menor para solicitar su consentimiento en la toma de muestras; en caso de duda lo pondrá en conocimiento del fiscal de menores para valorar la presencia de los representantes legales del menor⁴⁰.

³⁹ E. JOH, Op. Cit., p. 882.

⁴⁰ Memoria de actividades 2009-2010 de la Comisión Nacional para el uso Forense del ADN, p. 23.

En dicho Informe se alude a la finalidad de la base de datos más allá de la investigación de delitos; también como fuente para la identificación de cadáveres y la averiguación de personas desaparecidas. Respecto a estos usos, y en opinión de la Fiscalía, no existiría ningún obstáculo para la incorporación de los datos genéticos de menores de 14 años en la base de datos policial.

Los casos que suscitan una mayor problemática es el de los menores por debajo de la edad penal implicados, o sospechosos de estarlo, en la comisión de alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007. Para la Fiscalía, el principio general debe ser el de la improcedencia de tomar muestras de ADN, dado que los menores de 14 años quedan al margen del ámbito de intervención de la LORPM, posición que la propia Fiscalía apoya en su Circular 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LORPM: *“la nueva Ley declara irresponsables penalmente, sin excepción, a todos los menores de 14 años y prohíbe cualquier intervención sobre los mismos que no sea de carácter exclusivamente tuitivo”*.

No obstante, en su informe la Fiscalía entiende que este principio general puede ver excepciones puesto que, en opinión de la Fiscalía, si bien el menor de 14 años está eximido de responsabilidad penal con arreglo a la LORPM, en base al art. 3 de dicha normativa, *“se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”*.

- **Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad**

Con estos argumentos, la Fiscalía concluye que la comisión de hechos delictivos por debajo de la edad penal no sería cuestión ajena a la LORPM y originaría actuaciones tanto por parte de la Policía (que debería, conforme a la Instrucción nº 11/2007 por la que se aprueba el protocolo de actuación policial con menores, elaborar un informe) como del Fiscal, que a la recepción del informe debe abrir Diligencias Preliminares. No obstante, estas actuaciones son limitadas y desde luego quedan al margen del proceso educativo sancionador previsto en la LORPM.

Señala el Informe de la Fiscalía que uno de los extremos a tratar en ese informe es precisamente la identificación del menor, con la finalidad de *“posibilitar ulteriores actuaciones protectoras, si las mismas se revelan necesarias”*. Si bien las reseñas fotográficas y decadaclares y en su caso, la toma de muestras a efectos de ADN solamente deben practicarse como regla general respecto de menores por encima de los 14 años, cabría para la Fiscalía, practicar tales reseñas a menores infractores que en el momento de la comisión del hecho no hayan alcanzado los 14 años a los exclusivos fines de asegurar su protección, y siempre que el análisis del ADN fuera imprescindible para una plena identificación.

En el supuesto de que al menor de catorce años se le imputara un delito de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) y fuese necesario la práctica de una pericial de análisis de ADN, la Fiscalía en dicho Informe entiende que si sería posible la reseña genética, no a efectos de identificación, sino en aras a comprobar su participación en los hechos y a fin de posibilitar la intervención protectora, entendiendo que la comisión de determinados delitos es un dato objetivo de especial importancia a los efectos de fundamentar la intervención protectora de las Entidades Públicas.

En esta línea, la Fiscalía señala que la investigación de los hechos graves que integran los delitos a los que alude la LO 10/2007 no debe cerrarse sin más consideración cuando las sospechas o evidencias de la autoría recaigan sobre persona menor de 14 años; puesto que *“la exención de responsabilidad penal del sospechoso no excluye sino, al revés, demanda su completa identificación como autor de los hechos para descartar otras sospechas y cerrar vías de investigación, pero sobre todo para dispensar en su caso la protección que la situación de riesgo del menor demande”*⁴¹.

Para estos supuestos, a efectos exclusivamente de protección, y siempre que fuera imprescindible para determinar la identidad del menor y su relación con los hechos delictivos investigados, según el Informe de 20 de septiembre, podría el Fiscal acordar la práctica tal diligencia, utilizando el trámite de las Diligencias Preliminares abiertas. Para ello sería necesario recabar el consentimiento del menor, si es mayor de doce años y tiene suficiente juicio. Si el menor no tiene mas de doce años o si siendo mayor de doce no tiene madurez suficiente, habría de recabarse el consentimiento de sus representantes legales.

⁴¹ Parte de la doctrina se ha mostrado a favor de esta concepción, entre ellos DOLZ LAGO, que afirma que *“por lo que respecta a los menores infractores penales de edades inferiores a los 14 años, hay que decir que el hecho de que no pueda deducirse responsabilidad penal alguna a estos menores, ex arts. 1.1 y 3 LORPM, no es óbice para que se realice una investigación penal con objeto de esclarecer los hechos y determinar sus autores”*. DOLZ LAGO, J.M., “Problemática de la toma de muestras de ADN a los menores y su tratamiento legal”, La Ley Penal, nº 54, 2008.

En estos casos, el resultado de las pruebas debería hacerse constar en el Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares, que en su caso tendría que ser remitido, junto con el testimonio de las actuaciones, a la Entidad Pública de Protección de Menores a los efectos previstos en el art 3 LORPM. Esta práctica de diligencias a efectos de protección debe ser acordada únicamente con carácter excepcional y conforme al principio del superior interés del menor, concretado en estos supuestos en la necesidad de conocer extremos que pueden ser relevantes a la hora de decidir respecto a la procedencia de adoptar medidas tuitivas⁴².

Desde nuestro entendimiento, la concepción de la Fiscalía favorable a permitir la reseña genética del menor y el consiguiente almacenamiento de los perfiles en la base, no parece la más respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad del menor, en especial, del menor por debajo de la edad penal. Y ello, entendemos, ni aún en el supuesto de que se entendiese que dicho extremo fuese necesario a efectos de posibilitar su “plena identificación”, por dos motivos principales: a nuestro modo de ver no hay identificación que no sea plena, o lo es, o simplemente no hay identificación y, en segundo lugar, no logramos encontrar ejemplos en los que la necesidad de reseña biológica sea imprescindible a efectos de la protección del menor, siendo preferible optar por diligencias de identificación menos lesivas. Tan solo en los casos de comprobación de lazos de parentesco y edad biológica de menores inmigrantes puede ser justificable, si bien, tampoco estamos seguros de que el verdadero leitmotiv del recurso al ADN en estas circunstancias sea la protección del menor⁴³.

⁴² GARCÍA INGELMO, F.M., “Actuación del Fiscal durante el servicio de guardia en relación a menores detenidos y medidas cautelares”, Madrid, mayo 2013. Igualmente, es muy interesante consultar sobre este apartado MORENO VERDEJO, J., “La prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza”, ponencia presentada en el marco del Curso sobre Genética Forense celebrado en Madrid, en mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales.

⁴³ La prensa se ha hecho eco de esta situación, así se refleja en el periódico uruguayo El País en su edición digital de 20 de diciembre de 2012, disponible para consulta en <http://historico.elpais.com.uy/121228/pinter-684748/internacional/espana-comprobara-adn-de-menores-inmigrantes/> y la prensa nacional en el periódico El País en su edición digital de 23 de noviembre de 2013, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2013/11/23/actualidad/1385215186_381614.html.

4. ANÁLISIS DE LA MUESTRA E INTIMIDAD GENÉTICA

a. Necesidad de autorización judicial para el análisis de la muestra tomada sin autorización

La recogida de la muestra tiene en todo caso y como finalidad inmediata el análisis de la misma de cara a la obtención del perfil biológico. Como indica ETXEBARRIA GURIDI, *“ya en los primeros intentos de regulación del uso del ADN en el marco procesal penal, aparecen indicadores de la necesidad de actuar con cierta precaución ante la posibilidad de que los análisis de ADN puedan incidir en los derechos de la persona”*.

En esta línea, el *Memorandum* Explicativo de la Recomendación nº R (92) del Comité de Ministros del Consejo de Europa admite que el empleo de las técnicas de ADN *“conlleva un riesgo, no sólo en relación con la aplicación técnica, sino en particular, respecto de los derechos fundamentales tales como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a un proceso debido y el respeto al cuerpo humano”* y concluye que cuando nos encontramos con una técnica que cuenta con un potencial de injerencia tan elevado como el análisis de ADN y que se incorpora al sistema de justicia penal, deben aplicarse ciertas garantías.

Cabe igualmente mencionar la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, cuyo artículo 9 establece que *“para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, solo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respecto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”* o la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003, cuyo art. 4 a) reconoce la singularidad de los datos genéticos en tanto *“pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas”*⁴⁴.

No debe obviarse la potencialidad del material que se emplea en este tipo de análisis, ni el hecho de que en la actualidad los análisis genéticos permitan reunir mucha más información que la meramente identificativa. Como indican MIRANDA ESTRAMPES y NIEVA FENOLL, el ADN no codificante

⁴⁴ ETXEBERRÍA GURIDI, Op. Cit., pp. 47-48.

aporta cada vez más datos, entre ellos, el padecimiento de enfermedades, rasgos físicos como el color del pelo, de piel o de los ojos e incluso características raciales que posibilitan asociar a una persona con unos concretos grupos humanos. De hecho, es esta la tecnología que se está empleando para indagar sobre los traslados de población entre, por ejemplo, el noroeste de la península ibérica e Irlanda o las migraciones afroasiáticas⁴⁵.

Hasta no hace poco se mantenía que los datos de ADN que se obtenían a partir del denominado ADN no codificante sólo eran válidos para identificar a la persona, sin revelar ninguna otra información. Sin embargo, desde septiembre de 2012 la diferenciación entre ADN codificante y no codificante realizada hace más de una década por el Proyecto Genoma Humano y que aún se emplea por el Tribunal Constitucional como argumento para defender el respeto al derecho a la intimidad, ha sido superada por los hallazgos científicos realizados por el Proyecto Encode, de los que tres publicaciones científicas se hicieron eco en esas mismas fechas: la británica Nature, y las estadounidenses Genome Research y Genome Biology⁴⁶.

El hecho de que a cierto ADN se le denominara como ADN basura respondió a una incapacidad técnica para conocer a qué aspectos biológicos afectaba, dificultades, como vemos, ya hoy ampliamente superadas por la ciencia. Lo cierto es que el ADN contiene información sobre el sujeto al que pertenece más allá de permitir la mera identificación; cuestión distinta es que el estado de la ciencia supusiese un obstáculo para conocer y acceder a la información de ciertos cromosomas, con el riesgo que ello supone para la intimidad genética del sujeto pasivo.

En definitiva, a través del estudio genético se puede obtener la identificación en una investigación penal o en una demanda de paternidad pero además, se pueden conseguir datos pertenecientes a la denominada *“herencia genética”*⁴⁷. Desde la doctrina se habla de *“información esencial”* en la medida en que incide en la propia esencia de la persona, *“ya que cada individuo posee un código genético único y exclusivo que puede ser individualizado a través de muestras biológicas*

⁴⁵ MIRANDA ESTRAMPES, y NIEVA FENOLL, Op. Cit., p.123.

⁴⁶ Se pueden consultar las publicaciones en <http://www.nature.com/nature/journal/v489/n7414/full/nature11247.html>; <http://genome.cshlp.org/content/22/9/1599.full>; <http://genomebiology.com/>

⁴⁷ ETXEBERRÍA GURIDI, Op. Cit., p.49.

mínimas, de tal forma que, a excepción de los gemelos homocigóticos, cada persona posee un ADN propio y distinto de los demás”⁴⁸.

En este contexto no es extraño que los autores especializados se refieran al “*ciudadano transparente o de cristal*”⁴⁹ y que en la actualidad el derecho a la intimidad genética se haya configurado ya como una manifestación más del derecho a la intimidad. SUÁREZ ESPINO entiende además que el derecho a la intimidad genética estaría configurado por dos elementos: uno objetivo, constituido por el genoma humano y por extensión cualquier parte del cuerpo cuyo análisis permita acceder a la información contenida en los genes, y otro subjetivo constituido por el consentimiento del titular de ese derecho⁵⁰. Este elemento subjetivo, que consistiría en recabar el consentimiento informado del titular de esa información, sería equiparable al concepto de autodeterminación informativa del que nos ocuparemos en el apartado posterior.

Desde nuestro punto de vista, el consentimiento válidamente prestado para la obtención de la muestra amplía su validez a todas las operaciones siguientes encaminadas a la extracción del perfil genético y a la incorporación de los datos identificativos en la base policial. Este es el alcance del consentimiento informado, que solo podrá calificarse de tal si se presta a sabiendas de la trascendencia de todas las intervenciones a las que va a estar supeditada la muestra biológica y el objetivo con el que la misma se toma. En definitiva, para que el consentimiento sea legítimo es importante que cubra el proceso íntegramente, y que el uso que finalmente se de a la información genética contenida en la muestra guarde relación con el consentimiento por el que se autorizó su recogida⁵¹.

Como hemos venido señalando, el denominador común de las sentencias sobre las que estamos realizando este análisis es el hecho de que en todas ellas se emplea para la confrontación genética muestras separadas del cuerpo del sospechoso. En estos supuestos, el tratamiento de la muestra en aras a

⁴⁸ FERNÁNDEZ ACEBO, M.D., “La tutela de los Derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano: una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación”, Tesis Doctoral para acceder al grado de Doctor en Derecho, A Coruña, 2013, p. 112.

⁴⁹ En el contexto de la Sociedad de la Información y, sobre todo, del proceso penal en la Sociedad de la Información, no han sido pocos los autores que han reflexionado sobre el peligro de la técnica. A este respecto, MARTINEZ, P., argumentaba en prensa que “(...) un uso irracional de esos medios, bajo el pretexto de la Seguridad, haría realidad la amenaza del ciudadano de cristal, cada vez más transparente ante el Poder, en una nueva sociedad de la vigilancia, que progresivamente se distancia de las libertades que dice defender”. Artículo completo disponible en http://elpais.com/diario/2007/11/12/opinion/1194822005_850215.html

⁵⁰ SUÁREZ ESPINO, Op. Cit., p. 90.

⁵¹ LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013), texto no publicado.

la obtención del perfil individualizador debe ser, desde nuestro punto de vista, autorizado judicialmente. Tan solo supondría excepción a esta regla general los casos en los que la obtención de la muestra sea extremo conocido por el investigado y éste haya autorizado la realización del estudio genético.

Más allá de esta excepción, entendemos que la competencia para ordenar el análisis debiera ser únicamente judicial, pues es precisamente a la autoridad judicial a la que corresponde realizar el necesario juicio de proporcionalidad que permite la intromisión en un ámbito de intimidad protegido constitucionalmente. No olvidemos que lo que se incorpora como prueba al proceso no es la muestra obtenida sin autorización, sino el análisis genético de esa muestra lo que, a nuestro juicio, lo convertiría en prueba ilícita según el art. 11.1 LOPJ.

No obstante, no parece ser esta la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional en torno a la intimidad genética. Para el Tribunal, *“la actuación pericial, al ceñirse a las regiones de ADN no codificante, se ajustó a los estándares proporcionados por la normativa nacional e internacional reguladora del uso forense del ADN, con lo que se asegura que no se va más allá de la identificación neutral del sujeto. Tal normativa estaba constituida a la sazón por la Resolución del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2001/C 187/01) –actualizada luego por la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 –, por la cual se insta a los Estados miembros a que limiten los resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, es decir, a las zonas cromosómicas que no contengan información sobre características hereditarias específicas. En el correspondiente anexo se especifican y enumeran los marcadores de ADN respecto de los que no se tiene constancia de que contengan información sobre características hereditarias específicas, recomendando a los Estados miembros que estén vigilantes a los avances científicos y preparados para borrar los resultados de análisis de ADN si dichos resultados contienen información sobre características hereditarias específicas”*⁵².

No debemos tampoco perder de vista que el propio Tribunal Constitucional ya hace mención a la previsión con la que deben contar los Estados para borrar los resultados de los análisis de ADN en caso de que se averigüe que estos contienen información relevante para la intimidad genética de los sujetos

⁵² STC 15/2014 [RTC 2014/15], FJ 3º.

pasivos. A este respecto, desconocemos cuál sea la capacidad del Estado español para gestionar la información sensible almacenada en la base de datos.

b. Urgencia y necesidad

Uno de los motivos que el Tribunal Constitucional emplea para argumentar la constitucionalidad del análisis de ADN realizado sin autorización judicial previa en los pronunciamientos que venimos analizando es la necesidad de una actuación urgente por parte de la Policía Autonómica.

En palabras del Tribunal, *“no puede desconocerse que las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad, requerían una actuación urgente. Así, la recogida de la saliva expulsada súbitamente por el demandante requería su rápida recogida, su urgente remisión a los laboratorios adecuados para su conservación y su pronto análisis, evitando todo riesgo de degradación de la muestra biológica, contribuyendo a asegurar la cadena de custodia y minorando las posibilidades de contaminación de la muestra mediante el tratamiento de la misma siguiendo los protocolos ordinarios de actuación”*⁵³.

Desde nuestro punto de vista, el Tribunal Constitucional rehúsa definir con precisión los límites en cuanto a los órganos competentes para autorizar la recogida de muestras y la competencia para dictar la orden de análisis de dichas muestras, a la vez que se limita a afirmar sin demasiada fundamentación por qué a su juicio se requería una actuación con carácter urgente, habida cuenta del carácter inmutable del ADN. En definitiva, *“se asume (...) una interpretación a la baja por lo que respecta a la exigencia de autorización judicial, a la vez que de forma voluntarista se afirma que en el presente caso concurría una necesidad urgente que justificaba la actuación policial de toma y análisis de las muestras de saliva recogidas en las propias dependencias policiales”*⁵⁴.

Siendo este razonamiento común a todas las sentencias, nos centramos ahora en las STC 14/2014 [RTC 2014/14] y 23/2014 [RTC 2014/23] precisamente por la particularidad de sus circunstancias respecto a las restantes. La especialidad de estos dos pronunciamientos radica de un lado, en haberse

⁵³ STC 199/2013, [RTC 2013/199], FJ 10º.

⁵⁴ Voto particular formulado por la Magistrada D^a Adela Asua Batarrita a la STC 199/2013 [RTC 2013/199], apartado primero.

practicado la toma de la muestra tras un seguimiento realizado por la Policía estando los afectados en libertad y de otro lado, en haberse realizado el análisis genético mucho tiempo después de la comisión de los hechos, un año en el caso de la STC 23/2014 [RTC 2014/23] y dos años en el supuesto de la STC 14/2014 [RTC 2014/14], encontrándose las diligencias previas sobreseídas provisionalmente⁵⁵.

En ambos pronunciamientos el Tribunal Constitucional razona de manera idéntica a lo expresado con anterioridad para la STC 199/2013 [RTC 2013/199], si bien especificando a renglón seguido que *“(...) poco importa a tal efecto que las colillas luego analizadas se recogieran casi un año después de ocurrir los hechos, e incluso que la causa estuviera provisionalmente sobreseída por falta de autor conocido en espera de que las investigaciones policiales pudieran arrojar luz sobre la autoría de los hechos (...). La urgencia deriva de lo súbito e inesperado del abandono de las colillas luego analizadas, de modo que su recogida no podía demorarse. Como tampoco era aconsejable demora alguna en su análisis por las razones acabadas de exponer”*⁵⁶.

De la lectura de lo anterior podría desprenderse que la finalidad policial, lejos de estar justificada en razones de urgencia y necesidad, no parece ser esclarecer la autoría del caso concreto sino más bien todo delito que hubiesen cometido o pudiesen cometer los recurrentes en amparo. Esta es la línea que se mantiene por la magistrada ASUA BATARRITA en los votos particulares esgrimidos a las sentencias analizadas. En particular, señalamos el voto formulado a la STC 23/2014 [RTC 2014/23], en cuyo punto primero se advierte sobre la sucesión de recursos presentados ante el Tribunal Constitucional con base en idénticas impugnaciones formuladas por diferentes personas en torno a la actuación de la Policía Autonómica.

En opinión de la magistrada, la obtención de muestras biológicas para su posterior análisis sin ningún control judicial respondería a un mismo *modus operandi* en la actuación de la Policía que formaría parte de una investigación policial de corte prospectivo. Ello además contravendría la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *Marper vs. Reino Unido* [TEDH 2008/104]), según la cuál la extracción de muestras biológicas, para ser válida, debe estar dirigida a identificar a una persona determinada como autor de un delito concreto, y no a investigaciones generales que supongan inquisiciones generales.

⁵⁵ Para un mayor estudio de la cuestión, DE LA ORDEN, G., Op. Cit., pp. 2-12.

⁵⁶ STC 23/2014 [RTC 2014/23], FJ 2º.

ASUA BATARRITA se separa del argumento mayoritario en torno a la prescindibilidad de la autorización judicial entendiendo que el tiempo entre la comisión del delito y la obtención de la muestra en las STC 14/2014 [RTC 2014/14] y 23/2014 [RTC 2014/23] podrían de manifiesto que la actuación policial no revestía de urgencia y por ello, nada impedía haber solicitado la preceptiva autorización judicial.

En este sentido, ASUA BATARRITA argumenta que “(...) *basta tomar en consideración no sólo el dato, (...) de que habían transcurrido dos años desde que ocurrieron los hechos, sino, además, el añadido de que el demandante no estaba detenido (...), sino que la Ertzaintza lo estuvo siguiendo durante dos semanas con objeto de tomar la muestra. Por consiguiente, no se aprecia problema alguno de urgencia que impida la solicitud de autorización judicial para la práctica de la prueba, que fue realizada a partir de un vaso que el sujeto utilizó en un bar y que cogió subrepticamente, tras su marcha, el Ertzaina que lo seguía. Si no había motivos para detenerlo (...), y si no concurría una evidente razón de urgencia, semejante intromisión en su intimidad sin un motivo preciso y fundado que la justificara exigía la imprescindible autorización judicial. Todo ello evidencia que no había obstáculo alguno, por razón de premura o urgencia, para que la toma de la muestra contara con la garantía de la autorización judicial, que fue omitida indebidamente*”⁵⁷.

En definitiva, en estos casos resultaría esencial, bajo pena de nulidad, que:

- a. La Policía informe inmediatamente al Juez de Instrucción del hallazgo para que sea él quien ordene el análisis de las muestra, puesto que, si bien en la recogida no se vulnera derecho alguno, sí se vería vulnerado el derecho a la intimidad genética del sujeto pasivo en los casos en los que no medie autorización judicial para proceder al tratamiento de la muestra;
- b. bien que la Policía solicite la orden *previamente* al hallazgo de la muestra, máxime si de antemano existe la conciencia de que se va a realizar un seguimiento con el fin de la toma de la muestra, como parece ser el caso de las STC 14/2014 [RTC 2014/14], STC 23/2014 [RTC 2014/23] y STC 43/2014 [RTC 2014/43].

⁵⁷ Voto particular formulado por la Magistrada D^a Adela Asua Batarrita a la STC 14/2014 [RTC 2014/14], apartado segundo.

c. Test generales

En este punto, no podemos dejar de señalar la posibilidad existente en la legislación alemana de recurrir a test masivos de ADN y su indudable favorecimiento a las causas o inquisiciones generales. Hasta el año 2005 la regulación alemana en torno a la prueba genética, especialmente la regulación contenida en el StPO, supuso para la doctrina especializada un ejemplo paradigmático en la medida en que supo detectar con prontitud los riesgos que se derivaban de la prueba de ADN a la vez que proporcionaba un marco de garantías en torno a los derechos fundamentales conectado a la presencia judicial.

Sin embargo, la reforma que entró en vigor en noviembre de ese mismo año dio un giro en su sentido garantista, alineándose con el resto de reformas en otros países europeos, ampliando los supuestos que admiten la prueba de ADN y empobreciendo las garantías que hasta entonces se contemplaban.

En nuestra opinión, una de las evidencias de la regresión de las garantías en torno a la prueba de ADN es la merma de la presencia judicial en los diferentes momentos de su realización, pero no es la única. Así, citamos por su especial relevancia la regulación favorable a los test masivos de ADN en contra de la jurisprudencia alemana anterior y las críticas de la doctrina en este sentido⁵⁸.

Desde la reforma de 2005 se admite en el art. 81 apartado h) del StPO la posibilidad de emplear test masivos de ADN en el caso de que se cumplan determinados requisitos:

- i. *Deben existir motivos para considerar que se ha cometido un delito contra la vida, integridad corporal, libertad personal, y autodeterminación sexual.*
- ii. *La diligencia consiste en la extracción de células corporales, su análisis genético y su contraste automatizado con los perfiles genéticos resultantes de los vestigios hallados.*
- iii. *El destinatario no es sujeto contra el que existan indicios de criminalidad, sino determinados rasgos característicos correspondientes al autor.*
- iv. *Debe autorizarse como último recurso, esto es, cuando se hayan agotado otros medios de investigación.*

⁵⁸ En esta línea, ETXEBERRIA GURIDI, Op. Cit., pp. 40-42.

- v. *La medida ha de ser ordenada por el Juez y debe prestarse el consentimiento del afectado, teniendo en cuenta que:*
- *Las células corporales solo se utilizaran para los análisis genéticos previstos.*
 - *Se destruirán tan pronto no sean necesarias.*
 - *El perfil genético no se archivará para su utilización en un futuro⁵⁹.*

Igualmente lesivo para los derechos individuales es la previsión sobre lo que denominan “*speculative searches*” en Reino Unido. En este caso, si una persona es detenida pero no condenada, en base a la mencionada normativa sería posible llevar a cabo una búsqueda sobre su ADN y huellas dactilares para comprobar su compatibilidad con datos de la base de datos. Una vez se haya finalizado esta búsqueda, la reseña biológica y la decadactilar serían eliminadas.

5. COTEJO DE LA MUESTRA Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Una vez obtenida la muestra y extraído el perfil genético, comienzan las consideraciones respecto a la protección de los datos personales y la reacción del Derecho ante la evolución de las nuevas tecnologías en el tratamiento y transmisión de información y datos de carácter personal que, indiscutiblemente, suponen nuevas posibilidades de injerencia en los derechos fundamentales del ciudadano. Como señala GALÁN JUÁREZ, “*esto es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio*”, habiendo hoy desaparecido ambos límites⁶⁰.

a. Protección de datos en el proceso penal: habeas data

La noción de autodeterminación informativa surge en la década de los 80, suponiendo para ello un gran impulso la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983, en la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley del censo de población debido a la desmesurada

⁵⁹ CASTILLEJO MANZANARES, Op. Cit., pp. 21-22.

⁶⁰ GALÁN JUÁREZ, M., “Intimidad e informática” en GALÁN JUÁREZ, M., “Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, pp. 225-226.

cantidad de datos e informaciones que se solicitaban al ciudadano con el fin de someter esa información a un posterior tratamiento informatizado. El Tribunal señaló la incompatibilidad de la norma con el derecho a la autodeterminación informativa de un orden social y jurídico que hiciese posible que un ciudadano *“no pueda percibir con suficiente seguridad qué informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social (...)”*⁶¹.

Este primer pronunciamiento constitucional supone reconocer que *“el interesado posee la autodeterminación informativa como una facultad para el resguardo del derecho a la intimidad, haciendo especial hincapié en la necesidad de evitar la elaboración de un perfil de la persona a partir de la interacción de archivos que guardan distintos datos personales del individuo”*⁶².

No olvidemos además, como afirma SCHELKY que *“la soberanía del Estado no se manifiesta sólo por el hecho de que monopolice el uso de la violencia (Max Weber) o decida el estado de excepción (Carl Schmitt), sino ante todo por el hecho de que decide el grado de eficacia de todos los medios técnicos que existen en su seno, y de que se reserva aquéllos cuya eficacia es más elevada y puede prácticamente situarse a sí mismo fuera del campo de aplicación de esos medios técnicos que impone a los otros”*⁶³.

En una realidad diferente a la de 1978, parece lógico que se plantee la necesidad de redefinir el planteamiento tradicional que se venía empleando para la defensa de la intimidad. Una sociedad plenamente tecnológica e informatizada como la nuestra debiera poner especial énfasis en la tutela de *“las posibilidades de participación reales del ciudadano en una sociedad que informatiza”*⁶⁴. Es en este contexto que los anglosajones han denominado como de *liberties’ pollution* refiriéndose a la degeneración de los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías, donde este nuevo aspecto de la intimidad necesita también una nueva vertiente, la de la determinación informativa y las facultades de control que se han de reconocer al ciudadano sobre la información que a él concierne.

El derecho a la autodeterminación informativa cuenta con un objeto y contenido más amplio y complejo que el derecho a la intimidad. En este punto, existen posiciones doctrinales divergentes en

⁶¹ *Ibíd.*, p. 208.

⁶² *Ibíd.*, p. 209.

⁶³ SCHELKY, H., “Der Mensch in der Wissenschaftlichen Zeitalter”, Colonia, 1961, p. 24 y ss., citado por GALÁN JUÁREZ, Op. Cit., p. 210.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 212.

cuanto a si este derecho, como derecho fundamental a la protección de datos, se encuentra ya desligado a la protección de la intimidad, por lo que la autodeterminación informativa se configuraría para este sector de la doctrina, como un derecho fundamental autónomo y característico de lo que conocemos como Sociedad de la Información.

Otro sector de la doctrina, sin embargo, señala que pese a que es habitual que la tutela de la intimidad informativa venga de la mano de la protección de datos, en nuestra doctrina constitucional esta vertiente positiva de la intimidad se integra a las facultades que componen la tutela de la intimidad personal, entre las que se encontraría, un poder de control sobre las informaciones que le afectan⁶⁵.

En cualquier caso, pese a tratarse de un derecho que no está explícitamente reconocido en nuestra Constitución, la autodeterminación informativa constituye la lógica evolución del recorrido iniciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 254/1993 [RTC 1993/254] y continuado después en sus Sentencias 94/1998 [RTC 1998/94] y 202/1999 [RTC 1999/202] en clara conexión con el contenido de los apartados primero y cuarto del art. 18 CE, construyéndose el derecho a la determinación informativa a partir de la idea de intimidad.

El *habeas data* se configura entonces como un instrumento de garantía que asiste a los ciudadanos y posibilita su acceso a todos los bancos de datos que contengan información que afecte a su vida privada. De forma paralela al conocido *habeas corpus* se trata de una garantía procesal de defensa de los derechos a la libertad personal o, en este caso, a la libertad informativa. Pasamos de un sujeto paciente, a un sujeto agente.

⁶⁵ George Orwell en su novela 1984 ya decía que “*Quien controla el pasado, controla el futuro. Quien controla el presente, controla el pasado*”. En esta línea y, salvando las diferencias respecto del tema que nos ocupa, parece haberse situado el TJUE en su sentencia relativa al Derecho al Olvido en Internet [TJCE 2014/85]. En efecto, el 13 de mayo de 2014 se conoció el pronunciamiento del TJUE en cuanto a las cuestiones prejudiciales planteadas por la AN española al hilo del recurso de Google Spain y Google Inc. contra una resolución de la AEPD en la que se urgía a dichas compañías a excluir de sus resultados de búsqueda dos enlaces en los que se referían datos personales de un particular y que aparecían en la primera página de resultados del famoso buscador cuando se introducían el nombre y apellidos del afectado. Entre otras cuestiones, la AN plantea si los derechos de supresión y bloqueo de datos abarcan la posibilidad de que el interesado pueda dirigirse a los buscadores para frenar la indexación de la información concerniente a su persona y a la competencia de las agencias nacionales de protección de datos. El TJUE emplea los arts. 13 y 6.1 de la Directiva 95/46 para señalar la relevancia del tiempo de conservación de los datos, que debe ser “*durante un periodo no superior al necesario*” para asegurar el principio de calidad de los datos, lo contrario, señala el Tribunal, podría desembocar en una injerencia al derecho a la intimidad del interesado. En ese caso, habría que atenerse al art. 12 b) de la mencionada Directiva, que señala la posibilidad de acudir a la tutela de los Estados Miembros “*a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos*”. Además, la STJUE afirma que el respeto a la vida privada del individuo de los arts. 7 y 8 de la Carta predominan frente al interés económico del motor de búsqueda, y frente al interés público de encontrar dicha información, configurando lo que se denomina “derecho al olvido”. Para un mayor abundamiento, MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., “El llamado “derecho al olvido” y la responsabilidad de los buscadores. Comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014”, Diario La Ley, nº 8317, 23 de mayo de 2014.

La facultad de control que a autodeterminación informativa garantiza al titular del derecho se articula en torno al consentimiento informado, que, como hemos visto en apartados anteriores, se configura como el principal elemento legitimador de cualquier intromisión en cualquiera de los ámbitos de la intimidad constitucionalmente protegido. En nuestra opinión, cuando se carece de este consentimiento informado, será necesario, como regla general contar con autorización judicial previa, lo cual, es de singular importancia para el caso de las investigaciones subrepticias o encubiertas.

b. Inclusión de la muestra en la base de datos

En efecto, la realización del análisis comparativo de las muestras genéticas conlleva la inclusión del perfil genético en la base de datos de ADN, en la que éste permanecerá sujeto a muy diversas comparaciones hasta que se inste la cancelación del dato. De hecho, si hay un rasgo singular dentro de la complejidad de esta diligencia de investigación es precisamente que su impacto no se reduce exclusivamente al proceso que sirve de marco para la obtención de la muestra, sino que una vez descifrado el perfil genético del afectado e incluida esa información en la base, se empleará para el esclarecimiento de cualquier hecho futuro, supeditando esa información a una tenaz e ilimitada verificación.

No obstante la injerencia no acaba ahí, pueden verse en este punto afectados el derecho a la no autoinculpación, el derecho a la intimidad familiar junto al de no inculpar a descendientes y familiares e incluso el derecho al desarrollo personal del menor en caso de que su perfil haya sido incorporado a la base de datos policial⁶⁶.

Además del mantenimiento de los datos identificadores, los laboratorios conservan igualmente las muestras que sirvieron para la obtención del perfil hasta que el Juez de Instrucción ordena su destrucción, cuestión que tan solo ocasionalmente tiene lugar y que incluso comienza a ser un asunto controvertido para los laboratorios oficiales. Nada impide por tanto, que mientras se conserve la muestra se realicen nuevos estudios a partir de los cuales sea posible extraer nuevas informaciones, aspecto en nada ajeno a la intimidad genética del afectado de la que nos ocupábamos en el apartado anterior.

⁶⁶ SOLETO MUÑOZ y ALCOCEBA GIL, Op. Cit., p. 337.

No obstante, el Tribunal Constitucional no parece atribuir demasiada importancia al hecho de que, tomando como ejemplo la STC 199/2013 [RTC 2013/199], la muestra indubitada fuera cotejada con la obtenida de una camiseta abandonada cuyo ADN fue incluido en una base de datos carente de cobertura legal en el momento de la comisión de los hechos, puesto que como indica OLLERO TASSARA, *“no resulta (...) verosímil dar crédito a que el cotejo entre el ADN obtenido del esputo y el procedente de la anónima camiseta, meses antes abandonada, pudiera llevarse a cabo sin recurso a base de datos alguna, con el mero argumento de que en las resoluciones judiciales no se afirma”* tal y como mantiene el voto mayoritario en la argumentación del fallo.

La Exposición de Motivos de la LO 10/2007 alude a la reforma de la LeCrim en 2003 *“a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación”*, procediéndose a *“regular la posibilidad de obtener el ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación”*.

Lo anterior reconoce claras insuficiencias derivadas de exigencias constitucionales años antes reconocidas, sin perjuicio de que posteriormente se pusieran de manifiesto otras lagunas consecuencia de, tal y como evidencia de nuevo la Exposición de Motivos de la LO 10/2007, *“la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos”*.

Si bien a partir de 2007 lo relativo al tratamiento de la cesión de datos, acceso, modificación y cancelación de las inscripciones se encuentra regulado en el art. 9 de la LO 10/2007, la inexistencia de regulación legal de la base de datos de ADN nos lleva a entender vulnerado el Derecho Fundamental a la autodeterminación informativa, en tanto se habría empleado como prueba de cargo elementos cuyo origen radica en una base de datos que no satisfacía las exigencias constitucionales derivadas del art. 18.4 CE.

Dicha exigencia de cobertura legal se acabó confirmando en el apartado cuarto de la Disposición Final primera de la LO 15/2003. Su relevancia queda significativamente reflejada en la Exposición de Motivos de la posterior LO 10/2007, que recuerda cómo en el año 2003 *“se reformó la Ley de*

Enjuiciamiento Criminal a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación”, pasándose a “regular la posibilidad de obtener el ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación”.

En el Fundamento Jurídico 11º de la STC 199/2013 [RTC 2013/199] se alude al “*poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular*”.

No obstante parece que para el Tribunal el fin legítimo de “*la persecución y castigo del delito*” sería justificación bastante para que pudieran manejarse los datos sin mayores cautelas.

c. Carencias y riesgos de la LO 10/2007 en cuanto a la protección del dato personal

El legislador español ha optado, en la LO 10/2007, por configurar una base de datos *cuasi* absoluta, en tanto se permite el acceso a la misma de cualquier perfil genético de todo detenido, imputado o sospechoso por delito grave (castigado con pena de prisión de hasta cinco años) o en el que resulte afectado un bien jurídico personal. Así, el art. 3 de la mencionada regulación permite el acceso a la base de cualquier perfil, con independencia de si el estudio genético era necesario o no para el esclarecimiento del hecho, de que estemos o no ante delitos en los que normalmente se deja vestigio biológico o se trate de delitos con un elevado índice de reincidencia.

Este modelo, solo equiparable al configurado en Reino Unido, lleva a la obtención indiscriminada y prácticamente global de una muestra biológica de todas personas detenidas, más allá de

su aplicación para el esclarecimiento del hecho objeto de investigación o de otros futuros. Así, la aplicación de la legislación actualmente en vigor implica resultados asimétricos debido al gran número de personas afectadas y claramente sesgados puesto que, en última instancia, los datos que acceden a la base no son los de todas las personas imputadas o que resultan finalmente condenadas; sino simplemente, de las que han sido detenidas⁶⁷.

A consecuencia de la amplitud de la regulación y del consecuente número de muestras a analizar y las dificultades a la hora de hacerlo, el resultado es claramente improductivo. Derivado de lo anterior existen graves problemas de administración y gestión de la base de datos, plenamente relevantes para la protección del derecho a la autodeterminación informativa. Uno de los más alarmantes es el relacionado con la cancelación de datos que el propio art. 9 de la LO 10/2007 prevé en los casos en los que se dicta sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

La realidad, no obstante, demuestra que ni siquiera en estos casos se ordena la cancelación del registro por parte de la autoridad judicial, cuestión que tampoco suelen instar los abogados. La consecuencia inmediata de esta circunstancia será el planteamiento de futuras impugnaciones relacionadas con el mantenimiento artificioso en la base de datos de perfiles que, bien debieron ser cancelados, bien nunca debieron acceder a ella, y que, por permanecer ilegítimamente en la base, condujeron a la identificación del sospechoso.

Si, como hemos visto antes, los datos genéticos solo pueden anotarse cuando se hayan obtenido en el marco de un proceso de un delito grave o que afecte a un bien jurídico personal, no es insólito que en la práctica se recaben muestras de una persona detenida inicialmente por un delito de lesiones o amenazas que posteriormente se reconduce a falta; a pesar de lo cual la reseña biológica se obtiene y se graba la información genética en la base de datos obviando que para entonces el delito inicial ya puede haberse convertido en falta o una sentencia absolutoria puede haber puesto fin al procedimiento.

Las carencias que se observan en la gestión de la base de datos de ADN se agravan si tenemos en cuenta que la articulación de la misma es independiente de la Agencia de Protección de Datos. La

⁶⁷ Para mayor estudio de esta cuestión, SOLETO MUÑOZ y ALCOCEBA GIL, Op. Cit., pp. 325-344.

Comisión Nacional para el Uso Forense de ADN, con composición mayoritariamente policial, es el órgano encargado de su gestión⁶⁸.

En este punto, no podemos dejar de mencionar la reciente *Protection of Freedoms Act* de 2012 (PoFa), dictada por el parlamento británico en respuesta a las exigencias derivadas de la STEDH vs. UK [TEDH 2008/104]. En dicha resolución, entre otras conclusiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina que el mantenimiento del perfil genético de personas finalmente no condenadas supone una violación del derecho a la vida privada, contraviniendo el art. 8 CEDH.

En este sentido, la nueva regulación británica establece por cuánto tiempo puede ser almacenado el perfil biológico y las huellas dactilares del sujeto pasivo, en función de la condena y los antecedentes penales. Igualmente, prevé que todas las muestras de ADN sean destruidas una vez obtenido el perfil biológico y siempre dentro de los seis meses siguientes a su obtención, entendiéndose suficiente este periodo de tiempo para analizar la muestra de cara a su incorporación en la base. No obstante, establece una excepción que permitiría conservar la muestra durante más tiempo en casos complejos en los que la muestra en sí pueda ser requerida como prueba.

Esta nueva herramienta, en vigor desde octubre de 2013, mejora significativamente la legislación que hasta el momento se ocupaba de la regulación de la base de datos de ADN en Inglaterra y Gales, la *Criminal Evidence Act* de 1984 (PACE), en el sentido de que tras su entrada en vigor solo será posible mantener con carácter indefinido los datos genéticos de las personas condenadas, previéndose unos plazos para la destrucción en función de cada caso. Hasta su entrada en vigor, se mantenía de manera indefinida todo el material genético de cualquier persona detenida, independientemente de si finalmente resultaba condenada o no⁶⁹.

⁶⁸ En esta línea, LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013), texto no publicado.

⁶⁹ Se pueden consultar la normativa y la guía sobre la misma editada por el gobierno británico en los siguientes links: http://ico.org.uk/~media/documents/consultation_responses/Consultation-on-guidance-on-early-deletion-of-DNA-and-fingerprint-records-20130618.pdf y <https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions>.

6. CONCLUSIONES

El carácter dinámico del derecho a la intimidad nos lleva a afirmar su constante cambio para poderse adaptar a la nueva coyuntura de la sociedad actual, plenamente tecnológica e informatizada y en la que los progresos de la ciencia suponen también nuevos riesgos para los derechos fundamentales como hasta ahora los conocíamos. Datos a priori sin importancia que no sugerirían peligro para el derecho a la intimidad, combinados entre si son capaces de ofrecer un perfil bastante preciso de la persona investigada. Ante una ya cuestionable privacidad económica, de movimientos e incluso de comunicaciones, parece que ahora nuestra intimidad biológica es el último paso para hablar efectivamente del ciudadano de cristal que referíamos a lo largo de la exposición.

Cada vez resulta más difícil mantener reductos de privacidad al margen del poder público, de ahí que la intimidad haya pasado de ser un derecho negativo cuyo principal objetivo era oponerse a injerencias ajenas, a hablar en nuestros días de la noción de autodeterminación informativa, vertiente del derecho a la intimidad que posibilita al titular del mismo controlar todos los datos a él concernientes, y que sean objeto de informatización, configurándose de esta manera un aspecto eminentemente positivo del derecho a la intimidad.

El déficit de control judicial que hemos ido viendo como constante en las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional en las que la prueba de ADN resulta decisiva para la denegación del amparo, abren la puerta a las investigaciones predelictuales o de prospección, como ha ocurrido en los casos estudiados, desvinculadas de la investigación de un hecho concreto y confiando a la casualidad el descubrimiento de “algo de alguien”, sin saber muy bien qué se pretende averiguar. Ya se dieron los primeros pasos en esta línea, sin demasiada repercusión social, a través de la Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos, que establecía la obligación para las compañías de telecomunicaciones de retener durante un espacio de entre 6 y 24 meses datos relativos a las comunicaciones telefónicas y de Internet de todos los ciudadanos. Dicha Directiva, traspuesta en nuestro país con sorprendente rapidez, ha sido recientemente declarada nula por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁰.

⁷⁰ El TJUE ha dictado sentencia en los asuntos C-293/12 y 594/12 respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court of Ireland (Irlanda) y por el Verfassungsgerichtshof (Austria) respectivamente [TJCE 2014/104]. El objeto de las cuestiones era la legalidad de la Directiva 2006/24/CE, sobre conservación de datos, cuyo objetivo se describía en la propia Directiva como el de “*armonizar las disposiciones de los Estados miembros sobre la conservación de determinados*”

El análisis de la práctica policial demuestra que la obtención de una muestra biológica mediante el frotis bucal no se realiza en aras a la “identificación neutral” de la persona investigada. Siendo la identidad un extremo de sobra conocido, la toma de la muestra se realiza más bien con fines de investigación criminal de cara a la determinación de la participación del detenido o sospechoso en un hecho delictivo. Así se pronuncia el magistrado SCALIA en el voto discrepante de la sentencia Maryland vs. King que hemos apuntado a lo largo de este trabajo y, que a nuestro modo de ver, es plenamente trasladable al caso de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional español.

Desde nuestro punto de vista, existe una confusión en torno a la finalidad con la que se practica la prueba de ADN. Lejos de realizarse con una mera intención identificativa, la prueba de ADN se empleó como medio de investigación de delitos, con el objeto de incorporarlo al proceso penal como prueba de cargo. Especialmente revelador es en este punto el Fundamento Jurídico 11º de la STC 199/2013 [RTC 2013/199], donde la mayoría de los magistrados señala que la toma de la muestra de ADN no iba dirigida a la investigación de un concreto delito, sino a la identificación genética del actor

datos generados o tratados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Con ella se pretende así garantizar la disponibilidad de esos datos con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, como la delincuencia organizada y el terrorismo. Así, la Directiva establece que dichos proveedores deberán conservar los datos de tráfico y de localización, así como los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o al usuario. En cambio, no autoriza la conservación del contenido de la comunicación ni de la información consultada”. La sentencia del TJUE de 8 de abril de 2014 declara nula la mencionada Directiva en base a los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que señalan, respectivamente, el derecho de “toda persona (...) al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”, y el derecho de “toda persona (...) a la protección de datos personales que le conciernan”. Por su parte, el art. 52 de la propia Carta establece que “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. Es importante no perder de vista que el TJUE no declara ilegal el hecho de llevar a cabo la retención o conservación de datos de las comunicaciones, la declaración de ilegalidad gira en torno a la forma en la que se ha regulado dicha obligación, por no contemplar los requisitos para poder llevar a cabo una intromisión en la intimidad de las personas exigidos en el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para el TJUE la redacción de la Directiva: “a) es demasiado genérica, no cumpliendo con los requisitos de concreción requeridos por la normativa comunitaria, b) no establece una relación clara y directa entre los datos conservados y una amenaza de derechos concreta que deban ser protegidos, c) no dispone criterios objetivos y claramente establecidos para determinar los límites de acceso a los datos efectivamente conservados, d) no dispone con claridad y concreción cuáles son las condiciones de acceso y uso de dichos datos por parte de las autoridades nacionales, e) no establece limitaciones respecto del uso de los datos a lo estrictamente necesario, f) no asocia el plazo de retención de los datos a ningún parámetro adicional, tal y como el tipo o categoría de los datos conservados, g) no establece, ni concreta las garantías y medidas de seguridad suficientes para evitar que los datos retenidos puedan ser utilizados con finalidades diferentes a las que dispone la normativa”. Por su parte, en España, la Ley 25/2007, por la que se transpuso la Directiva, no es anulada de forma directa por la sentencia del TJUE, por el contrario, permanece vigente para las empresas dentro de su ámbito de aplicación; si bien si será posible la interposición de un incidente procesal de nulidad, para solicitar la nulidad de dicha información. Información disponible en <http://www.diariojuridico.com/anulacion-de-la-directiva-de-retencion-de-datos-consecuencias-practicas/> y <http://www.abogacia.es/2014/04/09/el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-declara-nula-la-directiva-200624ce-sobre-conservacion-de-datos/>.

con el objeto de averiguar la posible coincidencia de su ADN con el encontrado en objetos utilizados en la comisión de diversos delitos de violencia callejera. No obstante, es cierto que la prueba con este propósito realizada no supone necesariamente su invalidez, siempre y cuando se practique con el necesario respeto a las garantías constitucionales y procesales.

En este punto, los aspectos a los que creemos debería haberse referido el Tribunal con mayor profundidad y que, sin embargo, sorprenden en cuanto a la intensidad exigible en sus argumentos serían:

- a. La exigencia de previsión específica por ley de la medida que resulte limitativa del derecho fundamental,
- b. Muestra obtenida con consentimiento del sujeto investigado y los requisitos de ese consentimiento,
- c. Adopción mediante resolución judicial especialmente motivada e,
- d. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

En su lugar, el Tribunal Constitucional opta por basar su argumento fundamentalmente en torno a:

- a. La no necesidad de autorización judicial previa,
- b. La suficiencia legal de los arts. 282 LeCrim y 11.1 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para respaldar la recogida y análisis de las muestras, sin hacer mención a la potencialidad informativa de la muestra de ADN y su conexión con el derecho a la intimidad genética,
- c. El recurso al análisis y almacenamiento de las regiones no codificantes de ADN, que no supondrían riesgo para la intimidad genética del interesado, ignorando que la potencialidad lesiva está en la muestra en sí y en las nuevas informaciones que los avances de la ciencia permiten obtener a partir de ella,
- d. La proporcionalidad de la recogida y análisis de la muestra basándose en la inocuidad de la recogida, al no ser forzosa la extracción y, de nuevo, en el uso de las regiones no codificantes de ADN, obviando que discusión relevante a efectos jurídicos ya no debería ser el uso de regiones no codificantes, sino regular qué tipo de información debe extraerse en cada caso y con qué fin se almacena.

El Tribunal Constitucional se refiere a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumiendo sus razonamientos, pero alcanzando soluciones contrarias. De hecho, el Tribunal Constitucional opina que la incidencia en el derecho a la intimidad de los investigados es escasa al ceñirse a las regiones no codificantes del ADN, cuando para el TEDH la mera posibilidad de identificación implica ya afectación a la intimidad. Afirmación esta última que si bien admite el Tribunal Constitucional, no continúa en su razonamiento en el sentido de que, parece que la consecuencia jurídica lógica de dicha afirmación debería ser la exigencia de una regulación legal que establezca en qué concretas circunstancias puede la Policía recoger muestras biológicas de sospechosos detenidos para llevar a cabo diligencias de investigación.

No compartimos la visión de Tribunal Constitucional en cuanto parece desprenderse de la jurisprudencia analizada que la disminución en el control judicial que al comienzo de este trabajo identificábamos como uno de los problemas a los que se enfrenta la prueba de ADN puede ser solventado por *“la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo realizado tan pronto como estuvo disponible (...) momento a partir del cual la autoridad judicial se encontraba en disposición de realizar el juicio de ponderación sobre la diligencia pericial efectuada (...)”*. A nuestro modo de ver, acoger este argumento supondría aceptar también una inversión del modelo constitucional de tutela, en base al cual el control judicial se realiza con carácter previo a través de autorización judicial.

Aceptar el “efecto depurador” que el Tribunal Constitucional parece entender en el control judicial posterior, implica correr el riesgo de que sea suficiente la iniciativa policial en cuanto a la toma y remisión de las muestras para su análisis genético, incluso con total exclusión de la implicación judicial en el caso de que los resultados del análisis genético sean negativos y no se comunique dicho extremo a la autoridad judicial. La pericial genética sería así susceptible de quedar, exclusivamente, sometida a criterio policial. Equiparar la autorización judicial previa con el control judicial a la hora de incorporar el resultado del análisis genético de la muestra supone avalar la intromisión estatal en una esfera de intimidad del sujeto investigado que rebaja hasta extremos hasta ahora desconocidos la protección de los derechos fundamentales frente a las intromisiones del Estado.

En definitiva, la opción de realizar el análisis de la muestra ordenada por la Policía sin contar con autorización judicial al efecto, supone una injerencia en la esfera privada del sujeto investigado, que además se ha realizado sin su consentimiento y sin su conocimiento. Es precisamente el hecho de que el

sujeto desconozca absolutamente que está siendo objeto de investigación lo que otorga a la intrusión de un cariz especialmente lesivo que nos lleva a discrepar con la consideración como injerencia de menor gravedad que sostiene el Tribunal.

Tampoco queda a nuestro juicio suficientemente demostrada la concurrencia de razones de urgencia para el análisis de la muestra. Al margen de que la concurrencia de las razones de urgencia sea bastante discutible en los casos analizados, creemos que existe cierta confusión en torno a la urgencia en a) la toma de la muestra y b) en el análisis de la misma, puesto que es claro que la inalterabilidad de la información genética contenida en la muestra hace que el análisis pueda realizarse en cualquier momento sin alteración en el resultado.

De la misma manera, la argumentación del Tribunal en torno a la proporcionalidad de la medida adoptada tampoco resulta plenamente satisfactoria y parece no otorgar demasiada relevancia al hecho de que para relacionar al sujeto con el delito es necesario el cotejo de la muestra indubitada, o supuestamente indubitada, con las muestras dubitadas obtenidas de la escena del crimen, para lo que se procede a la incorporación del perfil biológico a una base de datos, que, además, en el momento de la comisión de los hechos a los que se refieren las sentencias carecía de cobertura legal, con las implicaciones que esto tiene para el derecho a la autodeterminación informativa del art. 18.4 CE.

Desde la entrada en vigor de la LO 10/2007, la base de datos policial incluye miles de tomas de muestras de todos los detenidos o sospechosos por los delitos del art. 3.1.a) de la Ley sin ningún tipo de discriminación. Como ejemplo de la repercusión real de la prueba genética, según datos de prensa, en el año 2010 la base de datos contenía el perfil de 134.000 personas y cada trimestre se incorporaban una media de 8.000 nuevos perfiles. En 2013, se efectuaron 16.454 nuevas reseñas genéticas de sospechosos, detenidos e imputados y de aproximadamente 1.000 muestras analizadas a principios de los años 90 se ha pasado a 25.664 informes genéticos en 2013⁷¹.

Tampoco se puede perder de vista que tanto mediante el Tratado de Prüm como a través de Convenios bilaterales con otros países fuera del ámbito europeo como Estados Unidos, se prevé el intercambio de datos genéticos. De hecho, en 2013 se compartió información en más de 200 asuntos

⁷¹ Datos recogidos en prensa, en concreto en las ediciones digitales de El País el 03 de mayo de 2010 (http://elpais.com/diario/2010/05/03/sociedad/1272837603_850215.html) y por la edición digital de La Razón el 05 de enero de 2014 (http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/4969180/sociedad/un-total-de-92-crimenes-resueltos-por-el-adn-cada-vez-mas-demandado-y-eficaz#.UsIIsGTuJpE).

relacionados con homicidios, agresiones sexuales, narcotráfico, secuestros o delitos contra la propiedad en el marco del Tratado de Prüm y los expertos en genética de la Policía Científica efectuaron alrededor de 500 requerimientos de cotejo o inclusión de perfiles internacionales a través de Interpol⁷².

Este cruce de datos implica, desde nuestro punto de vista, intercambio de datos de inscripciones tomadas a sospechosos o detenidos con consentimiento pero sin asistencia letrada. Igualmente, existe la posibilidad de que se intercambien inscripciones genéticas obtenidas con disparidad de requisitos para la toma de la misma, y diversidad de requisitos también en cuanto a los derechos de cancelación y rectificación, con las diferencias de tratamiento en el ejercicio de los derechos que ello puede significar.

El Tribunal Constitucional, con estas siete sentencias analizadas, crea un peligroso precedente en torno a las garantías constitucionales y procesales que deben observarse en torno a la prueba genética. La singular potencialidad de la muestra de ADN y del perfil genético, imprevisible a día de hoy y la posibilidad de su uso para fines distintos con los que la muestra fue recogida, exigen un grado más de certeza en las previsiones legales y las consideraciones jurisprudenciales en torno a la prueba genética que no hemos encontrado en las sentencias que representan la última línea jurisprudencial del Tribunal Supremo. Aspecto en el que quizá hayan influido los últimos cambios en la composición del Tribunal Constitucional poco antes de dictar la primera de esta serie de sentencias y el contexto en el que se sitúan los hechos que dan lugar a los pronunciamientos analizados, todos ellos relacionados con actos de kale borroka en el País Vasco; pero que en cualquier caso, dibujan una situación poco optimista para los derechos individuales.

Los avances de la ciencia y la tecnología y su aplicación a todos los ámbitos, especialmente en lo relativo al proceso penal, debería llevarnos a una mejora notable de las condiciones en las que éste se desarrolla. Sin embargo, un uso irracional de las posibilidades de la ciencia bajo el siempre presente pretexto de la seguridad haría real la advertencia de un ciudadano absolutamente transparente ante el Poder, cuando en un Estado democrático lo que se reivindica es precisamente la transparencia del Poder ante el ciudadano. De ahí que los medios y métodos empleados por el Estado, también en el proceso penal, deban ser rigurosamente respetuosos con las garantías individuales, conocidos por los interesados y controlados judicialmente. Sólo así se garantiza que el ciudadano pueda verificar la legalidad de las actuaciones investigadoras y el respeto a sus derechos fundamentales.

⁷² Ibid.

Bibliografía

Libros

- DOLZ LAGO, M.J., y FIGUEROA NAVARRO, M.C. (2012). *La prueba pericial científica*. Madrid: Edisofer.
- GALÁN JUÁREZ, M. (2005). *Intimidación: Nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces: Universidad Rey Juan Carlos.
- MARTÍN PASTOR, J. (2012). Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal. En PÉREZ GIL, J. (Coor.), *El proceso penal en la sociedad de la información* (pp. 409-435), La Ley.
- ROMEO CASABONA, C. M., y ROMEO MALANDA, S. (2010). *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- SOLETO 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.
- SOLETO MUÑOZ, H., y ALCOCEBA GIL, J. (2013). Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN. En CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (2013 ed., pp. 325-344), Dykinson.
- SUÁREZ ESPINO, M. L. (2008). *El derecho a la intimidad genética*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Artículos de publicaciones científicas

- ÁLVAREZ DE NEYRA-KAPPLER, S. (2013). El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada. *La Ley Penal*, nº 102.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2013). La prueba de ADN en el Borrador de Código Procesal Penal. *Diario La Ley*, nº 8213.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (23 de diciembre de 2013). Retos legislativos 2014: La reforma del proceso penal, otra vez. *Consejo General De La Abogacía Española*.
- DEL OLMO DEL OLMO, J.A. (2012). Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN. *La Ley Penal*, nº 91.
- DOLZ LAGO, M. J. (2008). Problemática de la toma de muestras de ADN a los menores y su tratamiento legal. *La ley penal*, nº 54.
- DOLZ LAGO, M. J. (2012). ADN y derechos fundamentales: Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN -frotis bucal- a detenidos e imputados. *Diario La Ley*, nº 7774.
- E. JOH, E., “Reclaiming abandoned DNA: the Fourth Amendment and genetic privacy”, *Northwestern University Law Review*, vol. 100, nº 2, pp. 858-884.
- ETXEBERRIA GURIDI, J. F. (2004). Los análisis de ADN en la ley de enjuiciamiento criminal (reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). *La Ley Penal*, nº 4.
- ETXEBERRIA GURIDI, J. F. (2007). Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (parte I). *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 27, 39-53.
- ETZIONI, A., DNA tests and databases in Criminal Justice: individual rights and the common good, disponible en <http://www.hks.harvard.edu/dnabook/Amitai%20Etzioni%20II.doc>
- GARCÍA INJELMO, F. M. (2013). Actuación del Fiscal durante el servicio de guardia en relación a menores detenidos y medidas cautelares.
- GÓMEZ AMIGO, L. (2014). La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales mediante ADN. *Diario La Ley*, nº 8213.

LÓPEZ ORTEGA, J. J., y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013). El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Propuesta de Código Procesal Penal. *Diario La Ley*, n° 8077.

LÓPEZ ORTEGA, J. J. *La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la STC 199/2013 y la SAP Sevilla 650/2013)*. Texto no publicado.

MIRANDA ESTRAMPES, M., y NIEVA FENOLL, J. (2013). Comentario a la sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013). *Revista Derecho y Genoma Humano*, n° 39, 119-134.

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. Centro De Estudios Fiscales.

MUÑOZ RODRIGUEZ, J. (2014). El llamado "derecho al olvido" y la responsabilidad de los buscadores. Comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014. *Diario La Ley*, n° 8317.

PRIETO RAMIREZ, M. L. (2008). La Ley Orgánica de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del derecho comparado. *La Ley Penal*, n° 54.

RAMOS ALONSO, J.V. (2010). La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación penal. *Diario La Ley*, n° 7364.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. (2014). El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales. *Diario La Ley*, n° 8283.

Recursos electrónicos

FERNÁNDEZ ACEBO, M^a D. (2013). La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano: Una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación.

Ministerio de Justicia. Secretaría Técnica General. Memoria de actividades 2009-2010 de la Comisión Nacional para el uso Forense del ADN, disponible en

https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Memoria_ADN.pdf?idFile=799b00f0-33d2-482c-8b66-f38c78c99f5f

Artículos en prensa

CEBERIO BELAZA, M., “Interior tiene el perfil genético de 134.000 posibles delincuentes”, *El País*, 3 de mayo de 2010, ed. Digital.

CEMBRERO, I., “El ADN revela trata de menores en la inmigración irregular a España”, *El País*, 23 de noviembre de 2013, ed. Digital.

MARTINEZ, P., “Ciudadanos de cristal”, *El País*, 12 de noviembre de 2007, ed. Digital.

“Un total de 92 crímenes resueltos por el ADN, cada vez más demandado y eficaz”, *La Razón*, 4 de enero de 2014, ed. Digital.

“España comprobará ADN de menores inmigrantes”, *El País* [Montevideo, Uruguay], 28 de diciembre de 2012, ed. Digital.

Legislación

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011

Borrador de Código Procesal Penal de 2013

Declaración universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997

Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (vigente hasta el 22 de julio de 2014)

Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

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

Recomendación nº R (92) del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial

The German Code of Criminal Procedure (StpO), disponible en versión inglesa en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/

Police and Criminal Evidence Act 1984

Protection of Freedom Act de 2012

Relación de jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Marper vs. Reino Unido de 4 de diciembre de 2008

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources de 8 de abril de 2014

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos de 13 de mayo de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985, de 7 de octubre de 1985

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero de 1989

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, 27 de junio de 1990

Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990, de 19 de julio de 1990

Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 4 de octubre de 1993

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero de 1994

Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1998, de 4 de mayo de 1998

Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre de 1999

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2013, de 5 de diciembre de 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2014, de 30 de enero de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2014, de 30 de enero de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2014, de 30 de enero de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2014, de 30 de enero de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2014, de 13 de febrero de 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2014, de 27 de marzo de 2014

Sentencia del Tribunal Supremo 107/2003, de 4 de febrero de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo 501/2005, de 19 de abril de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo 179/2006, de 14 de febrero de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo 701/2006, de 27 de junio de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo 949/2006, de 4 de octubre de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo 968/2006, de 11 de octubre de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo 1267/2006, de 20 de diciembre de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo 1190/2009, de 3 de diciembre de 2009

Sentencia del Tribunal Supremo 685/2010, de 7 de julio de 2010

Sentencia del Tribunal Supremo 709/2013, de 10 de octubre de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo 239/2014, de 1 de abril de 2014

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 650/2013, de 13 de diciembre de 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983

Sentencia Katz vs. Estados Unidos, de 18 de diciembre de 1967

Sentencia California vs. Greenwood, de 11 de enero de 1988

Sentencia Estados Unidos vs. Kinkade, de 18 de agosto de 2004

Sentencia Maryland vs. King, de 3 de junio de 2013