
L'OBTENCIÓ DE MOSTRES BIOLÒGIQUES PER A L'ANÀLISI DE L'ADN. PRONUNCIAMENTS JURISPRUDENCIALS SOBRE LA QÜESTIÓ

CARMEN GARCIA MARTÍNEZ

Magistrada del Jutjat d'Instrucció núm. 18 de Barcelona

Des que la tècnica de l'ADN s'ha fet servir com a eina en el procés penal no ha estat exempta de polèmica. Amb les diferents iniciatives legislatives, com ara la LO 10/2007, de 8 d'octubre, de bases de dades policials d'identificadors obtinguts a partir de l'ADN, aquesta polèmica no ha minorat, sinó que s'ha intensificat.

Per a abordar les facultats policials en relació amb la presa de mostres, essencialment les que procedeixen del cos del sospitós, cal partir de la premissa que l'opinió majoritària a la doctrina i la jurisprudència del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional és que l'obtenció de material genètic, encara que sigui a través d'un simple frotis bucal, constitueix una intervenció corporal i afecta la intimitat personal.

El present article dóna idea de la complexitat d'aquesta qüestió, fent un repàs de la regulació legal i de diversos pronunciaments jurisprudencials.

With different legislative initiatives, such as the act (Ley Orgánica) 10/2007, 8th October on Police Data Base regulation concerning samples obtained by DNA, the controversy on that field, which was already a bone of contention, has become stronger.

The main issue on that topic is that any genetic material obtained from a sample, even unidentified bodies, implies an intervention on a body and, thus, an intrusion in personal privacy. This is so, since, from the High Court and the Constitutional Court, the jurisprudence considers any the police action on taking DNA samples as above mentioned.

The article helps to understand such complexity regarding the legal framework.

1. INTRODUCCIÓ

La tècnica de l'ADN utilitzada com a eina en l'àmbit del procés penal no ha estat exempta de polèmica. Aquesta polèmica, amb les successives iniciatives legislatives, com ara la publicació de la LO 10/2007, de 8 d'octubre, de bases de dades policials d'identificadors obtinguts a partir de l'ADN, no ha minorat, sinó ben al contrari. La polèmica s'ha aïvat perquè la llei no ha donat solució a moltes qüestions i, segons el parer de molts, ha suposat un gir substancial en relació amb els principis que havien inspirat la reforma de la LECr. de l'any 2003, LO 15/2003, de 25 de novembre. No hem d'oblidar que aquesta reforma va ser conseqüència d'una doctrina constitucional que urgia insistentment d'un legislador endormiscat la regulació de les intervencions corporals en el procés penal.

Encara que no és la meua intenció avorrir el lector, m'he de remuntar a l'inici de la regulació legal en matèria d'intervencions corporals per tractar d'explicar per què avui, després de gairebé una dècada de regulació, continuem preguntant-nos: «Què passa amb aquest frotis bucal que ens preocupa a tots?», quan en realitat és un acte tan innocu.

Em deia fa uns dies un fiscal del Tribunal Suprem (d'ara endavant, TS) que la qüestió de l'ADN, específicament pel que fa al consentiment dels detinguts i la necessitat o no de lletrat per a la seva prestació, ha pres un caire estrany tant a dins com a fora del TS. Em consta. També –i ho coneix la coordinadora– a la Comissió Nacional de l'ADN.¹ I també em consta que ha enrarit les relacions entre l'Institut Nacional de Toxicologia i l'IMELEC amb els laboratoris de policia científica, aquí en relació amb bases de dades i intercanvis de perfils. I la Junta de Jutges de Barcelona s'ha adreçat amb un escrit a la Comissió Provincial de Policia Judicial i també a la Comissió Nacional de l'ADN per exposar la seva opinió discrepant en relació amb els protocols policials en matèria d'obtenció de mostres.

La prova d'ADN és una eina de tanta utilitat que ja hi ha qui en parla com la «prova reina» del procés penal. No només ha «destronat» la tradicional prova reina com era la identificació a través de la roda de reconeixement, sinó que fins i tot ha posat en qüestió el valor que s'hagi de donar a aquesta classe d'identificació: així, en certa manera, es dóna la raó a aquelles teories de la psicologia del testimoni que argumentaven que l'ansietat i l'estrès a què estan sotmesos els testimonis visuals de determinats fets delictius els fan més vulnerables a l'hora de percebre, recordar i descriure tant els detalls del succés com els del seu autor. Per a destacar la importància de l'ADN en la investigació criminal de determinats delictes n'hi ha prou de recordar a la nostra jurisprudència, a tall d'exemple, les STS 789/1997, de 23 de maig, i la recent 792/2009, de 16 de juliol, totes dues estimatòries de recursos de revisió contra sentències que condemnaven a elevades penes de presó per delictes de violació i en les quals la prova essencial de càrrec era el reconeixement en roda de la víctima i en el segon supòsit també el reconeixement de veu. L'ADN va descartar-ne l'autoria.

Amb l'objectiu justificat de perseguir millor els autors de delictes greus, les policies necessiten disposar de la màxima informació possible i de bases de dades per a compartir-la, en aquest cas de subjectes inscrits i identificats. És una veritat. I en un Estat de dret qualsevol prova que pretengui enervar la presumpció d'innocència ha de ser obtinguda i aportada al procés penal amb totes les garanties exigides per la llei. Tots dos propòsits han d'estar conciliats.

Per abordar les facultats policials en relació amb la presa de mostres, essencialment les que procedeixen del cos del sospitós, em cal partir de la premissa següent: l'opinió majoritària a la nostra doctrina i la nostra jurisprudència, tant la del TS com la del TC, és que *l'obtenció de material genètic encara que sigui a través d'un simple frotis bucal, constitueix una intervenció corporal i afecta la intimitat personal*. Per què? Perquè incideix en la facultat que cadascú té de revelar o no

1. Entre les funcions d'aquesta Comissió Nacional hi ha l'elaboració i l'aprovació dels protocols tècnics oficials sobre l'obtenció, conservació i anàlisi de les mostres.

determinats aspectes de la seva vida privada i en quina forma o moment vol fer-ho o no. També hi ha alguna opinió minoritària sobre aquesta qüestió: el fiscal del TS Jaime Moreno Verdejo diu que «la intimitat personal només es veurà afectada quan allò que s'autoritza sigui el coneixement d'extremes innecessaris per a la investigació penal».

I així, com a afectació de drets fonamentals, ho ha entès també el legislador espanyol (el mateix creador de la Llei de bases de dades policials). L'exposició de motius de la Llei 2007 pot servir d'exemple:

Finalmente, debe recalcar que en la redacción de la presente Ley, como no podría ser de otra manera, se han tenido en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, ha venido conformando el Tribunal Constitucional en diversas sentencias como la 207/1996, de 16 de diciembre.

No tota la Llei del 2007 té caràcter d'orgànica, la majoria dels seus preceptes són llei ordinària, però sí que té caràcter orgànic la disposició addicional tercera, precisament la que faculta la policia judicial per a la presa de mostres:

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

I les lleis orgàniques són les relacionades amb drets fonamentals.

I no cal dir el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH). Em permeto mostrar aquí un petit apartat d'una importantíssima sentència, la STEDH de 4 de desembre de 2008, sentència S i Marper contra el Regne Unit —i que va suposar una garrotada al sistema de conservació indefinida d'empremtes dactilars, mostres biològiques i perfils d'ADN de persones no condemnades. El Tribunal va destacar en la seva argumentació que:

[...] les mostres cel·lulars contenen molta informació sensible de la persona, fins i tot dades sobre la seva salut i sobre qüestions familiars vinculades al codi genètic contingut a dites mostres. Per tant, a causa del caràcter i la quantitat d'informació personal que hi ha a les mostres cel·lulars, la seva conservació constitueix en si mateixa una lesió del dret al respecte a la vida privada de les persones concernents. [...] Té poca importància aquí que les autoritats extreguin o utilitzin només una petita part d'aquesta informació per a la creació de perfils d'ADN i que no es produeixi un perjudici immediat en un cas concret. [...] Quant als perfils d'ADN és cert que contenen menys informació personal que les mostres cel·lulars de què s'extreuen, que aquesta informació s'arxiva «codificada» i que cal tecnologia informàtica per poder desxifrar-la, i que només hi poden accedir un nombre restringit de persones; tanmateix, conté

també una quantitat d'informació personal genys menyspreable, a través de la qual es poden fer investigacions familiars que eventualment descobririen vincles genètics entre subjectes o, fins i tot, deduir l'origen ètnic d'una persona.

Faig un parèntesi aquí per comentar que un conegut forense de Barcelona, una autoritat en ADN, el doctor Orós, fa pocs dies ja em parlava que aquesta distinció entre ADN codificant² i no codificant que avui fem, moltes vegades sense saber què significa, és una terminologia obsoleta. Tot l'ADN codifica. Aquest ADN no codificant (també anomenat ferralla, escombraria, *junk*) pot convertir-se en codificant en la mesura que es conegui la seqüència completa del genoma humà.

Com es pot veure, he introduït aquesta al·lusió al TEDH i al comentari del doctor Orós perquè en qualsevol moment em podrien al·legar que de les mostres recollides només s'obté i només s'inscriu aquest ADN no codificant.

Per concloure aquesta introducció vull recordar que en aquesta reforma de la LECr., que ja no veurà la llum, i que donava resposta a alguna de les interessants qüestions que aquí ens ocupen (consentiment, força, lletrat), el legislador qualificava el frotis bucal, l'obtenció de saliva, com a intervenció corporal lleu.

2. REGULACIÓ LEGAL DE LES INTERVENCIONS CORPORALS

La possibilitat d'emprar en el nostre procés penal les anàlisis pericials de mostres o vestigis que continguin ADN constitueix, sens dubte, un gran avanç en la investigació de determinats delictes, sobretot en els que atempten contra la vida i la llibertat sexual. No obstant això la transcendència dels marcadors genètics en les investigacions criminals, i a diferència del que passa a països del nostre entorn, el legislador espanyol no va abordar de forma clara i expressa la pràctica d'actuacions sobre el cos humà fins l'any 2003, a la reforma de la LO 15/2003. Suposa la introducció de dos articles de la Llei d'enjudiciament criminal: l'article 326.3, que indica:

Quando 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 o examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.

I per aconseguir la millor identificació del sospitós, i sempre que concorrin raons que ho justifiquin, la reforma autoritza també el jutge instructor perquè pugui obtenir les mostres biològiques del «sospitós» que siguin *indispensables per a la determinació del seu perfil d'ADN* (art. 363.2). Ara bé, aquesta decisió ha de ser

2. Codificant: és el responsable de la creació de les proteïnes que donen lloc als trets tipus de les persones (fenotips).

objecte d'una *resolució motivada* per a determinar els actes d'inspecció, reconeixement o intervenció corporal que siguin adequats als *principis de proporcionalitat i raonabilitat* (hi ha molts requisits).

Per fi s'ha trencat el silenci del legislador en aquest camp singular de la investigació criminal corporal. S'ha omplert el buit legal denunciat fins aquí, per les polèmiques i transcendents respostes donades fins ara tant pel TS com pel Tribunal Constitucional (STC 37/1989, 207/1996). Coincidents a l'hora d'exigir aquesta reserva legal, previsió legal específica, per poder decidir legítimament sobre la limitació del contingut de drets constitucionals, i que no podia ser d'una altra manera, ja que generalment gaudeixen constitucionalment d'aquesta protecció de reserva legal.

El punt d'inflexió més clar en aquesta matèria va ser, sense cap mena de dubte, la STC 207/1996, encara que abans el TC ja havia avançat en aquesta línia jurisprudencial posterior amb la STC 37/1989. Possiblement totes dues resolucions van tenir com a antecedents situacions desafortunades des del punt de vista de la instrucció del procés penal, però s'han de llegir i interpretar en tota la seva extensió tenint en compte el supòsit concret que s'hi tracta, la manca de cobertura legal de l'època, i sense mirar d'extreure'n idees generalitzades a propòsit del fet que amb aquestes resolucions es proscriu la intervenció corporal sense consentiment o la imposició coactiva de la mesura. En el primer cas, STC 37/1989, es pretenia examinar la matriu de la dona per a comprovar si havia avortat i, en aquest cas, descobrir la comissió del delicte corresponent. És a dir, prèviament no hi havia constatació que el delicte s'havia comès. Simplement havia estat trobada una fitxa amb les seves dades personals en el registre d'una clínica sospitosa de practicar avortaments. I, en el segon cas, STC 207/1996, es pretenia afaitar el pèl de les axil·les d'un oficial de la Guàrdia Civil per a verificar si era o no drogoaddicte, per confirmar la sospita d'haver pogut donar algun tracte de favor a una banda de traficants objecte de persecució judicial, en la investigació d'un delicte contra la salut pública.

Per tant, han estat dos exemples dissortats d'inoportunitat per a l'ús de diligències d'intervenció corporal. En el primer cas no hi havia constància de la comissió del delicte (diligència de prospecció). I en el segon, el subjecte passiu de la mesura no era sospitós del delicte investigat i es pretenia saber dades de la seva intimitat personal, mancades de judici de retret jurídicopenal, però amb greus conseqüències per a la seva activitat professional (diligència innecessària). Per això el TC ha de realitzar per via de generalitzacions reflexives al voltant de la possible jurisdicció de la mesura –*obiter dictum*– una sèrie de consideracions vàlides del possible suport del jutgador constitucional a aquest tipus de proves, encara que per via de la seva notòria inoportunitat al cas –*ratio decidendi*– i la falta de cobertura legal hagués d'atorgar la seva empara a tots dos casos, per a anul·lar les decisions judicials que les havien acordat.³ No oblidem què diu la resolució:

3. Algun autor en va parlar amb sarcasme i a propòsit de la 207 de «la protecció capil·lar que proporciona aquesta sentència».

No cabe entender que la extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el médico forense para su posterior análisis su-ponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al art. 15 CE, graves cualificativos que, según doctrina reiterada de este Tribunal, hay que reservar para aquellos tratos que impliquen «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre» (SSTC 120/1990, 137/1990 i 57/1994).

Extensió de l'empara a la 37/1989:

De lo anterior se sigue, como es notorio, la incompatibilidad en cuanto a su forma, tanto de la resolución impugnada, como de la que en su cumplimiento se dictó, con el derecho fundamental de la actora a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado, preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida aquí examinada, ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución. (sotmetiment coactiu)

La necessitat de cobertura legal per a la pràctica de la intervenció corporal estava també establerta a:

a) *Art. 8 del Conveni europeu de drets humans*

1. Tota persona té el dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i la seva correspondència.

2. No pot haver-hi ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret sinó en tant que aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delicte, la protecció de la salut o la moral o la protecció dels drets i les llibertats dels altres.

b) *Tribunal Europeu de Drets Humans*

Exigència de previsió legislativa per a totes les intromissions en el dret a la vida privada i familiar.

c) *Recomanació Núm. R(92) del Consell d'Europa*

Sobre l'ús de les anàlisis d'ADN, en el marc del sistema de justícia criminal, destaca la idea de fomentar la iniciativa legislativa dels Estats membres en pro d'establir normatives legals sobre la qüestió.

M'aturo una mica en l'esmentada STC 207/1996 per dues qüestions: l'una perquè fixa els requisits que ha de presidir qualsevol mesura restrictiva de drets

fonamentals i, l'altra, perquè *ha estat transcendental a l'hora de legitimar l'actuació policial per a la pràctica d'intervencions que afecten la intimitat personal*.

Pel que fa a la primera qüestió, per a comprovar si una mesura restrictiva d'un dret fonamental supera el judici de proporcionalitat cal constatar si compleix els tres requisits o condicions següents:

a) Si la mesura és susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat (judici d'ido-neïtat);

b) Si, a més, és necessària, en el sentit que no hi hagi cap altra mesura més moderada per a la consecució de tal propòsit amb la mateixa eficàcia (judici de necessitat), i

c) Si la mesura és ponderada o equilibrada perquè en deriven més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o valors en conflicte (judici de proporcionalitat en sentit estricte).

Pel que fa a la possibilitat que la policia interferís en aquests drets cal indicar que tota la doctrina constitucional en matèria de drets fonamentals incideix, en primer lloc, en la necessitat de determinar davant de quin tipus de dret fonamental ens trobem; a continuació determinar qui, com i en quines circumstàncies pot interferir-hi o restringir-los. El tractament és diferent, doncs, si ens trobem davant del dret a la intimitat (art. 18.1 CE) o bé davant del de domicili o de les comunicacions (art. 18.2 i 3 CE), perquè encara que qualsevol restricció d'aquests drets és aconsellable que es faci per resolució judicial, en matèria d'intimitat no hi ha reserva constitucional a favor del jutge, com es desprèn de la lectura del precepte constitucional. I per tant, en alguns casos la policia pot afectar aquests drets, en situacions d'urgència i necessitat, amb un respecte estricte als principis de proporcionalitat i raonabilitat, i sempre que hi hagi previsió o habilitació legal que empari l'afectació. Recordem què diu el TC:

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante,⁴ que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (STC 207/1996 F3)

En relació amb pràctiques limitatives del dret a la intimitat indica:

[...] sólo es posible por decisión judicial aunque sin descartar que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba) tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial. (STC 37/1989)

4. Precisament per aquesta falta de reserva constitucional en favor del jutge.

En definitiva, en relació amb les inspeccions o intervencions corporals que afecten la intimitat i la integritat física, a la Constitució no existeix reserva absoluta de resolució judicial, i la llei pot autoritzar la policia judicial per a disposar, per raons acreditades d'urgència i necessitat, la pràctica d'actes que comporten una simple intervenció sense afecció greu i s'observin els requisits que dimanen dels principis de proporcionalitat i racionalitat.

Finalment, la regulació legal es completa amb la promulgació de la LO 10/2007, de 8 d'octubre, de bases de dades policials d'identificadors obtinguts a partir de l'ADN, que, com he esmentat a la introducció, la seva disposició addicional tercera té caràcter d'orgànica.

3. RECOLLIDA D'EMPREMTES O VESTIGIS DEL DELICTE

Em referiré aquí a la possibilitat de recollir de llocs diferents –no del cos de la persona inculpada– els vestigis o empremtes que el delicte hagi pogut deixar. Les que es troben en el lloc dels fets i que, com que pertanyen a l'acusat, evidencien la seva participació.⁵ També les mostres que no pertanyen a l'acusat sinó a la víctima, que es localitzen en objectes de l'acusat i que demostren la seva participació.⁶

Aquesta fase de recollida d'empremtes o vestigis és vital: no en va és la més qüestionada per les defenses. És determinant per a la seva valoració com a prova lícita en el plenari que aquesta recollida es porti a terme amb totes les garanties d'autenticitat, integritat, fiabilitat i màxima preservació. Aquestes garanties cobren un interès especial quan es tracta de vestigis biològics que per la seva naturalesa estan sotmesos a un risc important de contaminació; per això és essencial que el dugui a terme personal especialitzat i de manera que es garanteixi absolutament allò que s'ha anomenat cadena de custòdia de la mostra, és a dir la identitat entre la mostra recollida i l'analitzada. I la policia científica té una àmplia preparació i coneixements científics en matèria de genètica forense per dur a terme aquesta comesa.

Per què aquesta fase ha comportat tanta polèmica als tribunals?

Perquè la regulació legal en la matèria i una interpretació inicial molt estricta qüestionava si la recollida d'efectes, instruments i proves del delicte podia fer-se sense intervenció judicial, sobretot quan no hi havia raons d'urgència o necessitat, i també es qüestionaven les anàlisis realitzades sense resolució judicial prèvia.

Podem parlar de tres períodes: el derivat de la reforma de 2003, el consolidat després de l'Acord del Ple no jurisdiccional de 31 de gener de 2006 i, finalment, el derivat de la disposició addicional tercera de la Llei de base de dades policial de 2007, que almenys ha aclarit la qüestió en matèria de mostres externes.

5. STS 24 febrer 1995, semen a la sabata de la víctima; STS 23 maig 1997, als pantalons; STS 13 maig 1998, cèl·lules epitelials de l'acusat en una càpsula contenidora de droga que va amagar a les dependències policials després d'expulsar-la; STS 14 abril 1997, punta de cigarreta en una galleda d'aigua a casa de la víctima, etc.

6. STS 31 octubre 1998, sang de la víctima que coincideix amb la trobada a la sola de les botes de l'acusat; STS 28 gener 1998, restes de sang de la víctima a la navalla ocupada a casa de l'acusat, etc.

3.1 REGULACIÓ LEGAL DE LA RECOLLIDA

L'article 282 LECr. faculta expressament la policia judicial per a recollir els efectes, instruments o proves del delictes de la desaparició dels quals hi hagués perill, i posar-los a disposició de l'autoritat judicial (que concorda amb l'art. 11 de la Llei de cossos i forces de seguretat de l'Estat).

L'article 326.3 LECr. disposa que quan es posi de manifest l'existència d'empremtes o vestigis, l'anàlisi biològica dels quals pogués contribuir a l'esclariment del fet investigat, el jutge d'instrucció adoptarà o ordenarà a la policia judicial o al metge forense que adopti mesures necessàries perquè la recollida, custòdia o examen d'aquelles mostres es verifiqui en condicions que en garanteixin l'autenticitat, sense perjudici del que estableix l'art. 282.

L'article 363.1 LECr. disposa que els jutjats i tribunals ordenaran la pràctica de les anàlisis químiques únicament en els casos que ho considerin absolutament indispensable per a la investigació judicial necessària.

Com a conseqüència d'aquesta regulació, la posició jurisprudencial fins a l'any 2005 era la següent:

a) Si hi ha perill que desapareguin, la policia judicial directament podrà recollir tots els instruments o proves del delictes i les posarà a disposició del jutge posteriorment. La intervenció del jutge en aquest cas serà a posteriori.

b) Si no hi ha risc de desaparició, la competència per a la recollida correspon exclusivament al jutge, el qual podrà executar-ho per si mateix o ordenar-ho a la policia judicial o al metge forense. En aquest darrer cas sempre ha d'haver-hi intervenció judicial, ja sigui en la pròpia recollida o en la seva autorització prèvia.

Tanmateix, i malgrat els resultats tan espectaculars que està oferint en els últims temps aquesta prova, com ja es va avançar, hi ha sentències contradictòries sobre la validesa de les proves pericials d'ADN, especialment pel que fa a la recollida de les mostres biològiques del sospitós per la policia sense l'autorització judicial prèvia. I sense que hi hagi raons d'urgència o necessitat.

Els fets similars que van donar lloc a dos pronunciaments contraris de la Sala Segona del TS són, en resum, els següents: a tots dos supòsits els acusats, després de cobrir-se la cara amb una caputxa per evitar ser reconeguts, en un cas van cremar un autobús urbà i en l'altre van fer explotar un artefacte en un caixer automàtic d'una sucursal bancària. En la fugida, ambdós subjectes van abandonar les caputxes que van emprar, que van ser recollides per agents de l'Ertzaintza en efectuar l'acta d'inspecció ocular del lloc dels fets i les proximitats. A totes dues peces es van trobar restes biològiques a les quals es va practicar una prova d'ADN (se'n va obtenir una mostra dubitativa). Posteriorment, detinguts els subjectes per la seva implicació en la realització d'actes de l'anomenada *kale borroka*, i estant als calabossos d'una comissaria de l'Ertzaintza, en un cas un va llançar un esput al terra de la cel·la i l'altre quan en va sortir. Uns agents de l'Ertzaintza van recollir aquestes restes biològiques amb un escovilló i les van enviar a la policia científica. Després de l'anàlisi corresponent d'ADN (mostra indubiativa), van poder determinar en tots dos casos la coincidència amb els perfils genètics que s'havien trobat a les caputxes. Mitjançant aquesta prova pericial es va poder acreditar la participació

de tots dos subjectes en els fets anteriors, i l'Audiència Nacional els va condemnar per delictes de danys terroristes.

A la primera de les sentències (STS 501/2005, de 19 d'abril), la Sala del Penal del TS va considerar que la prova indubiativa (la del sospitós) obtinguda així havia vulnerat el dret fonamental al procés amb totes les garanties; en conseqüència, va estimar il·lícita l'esmentada prova pericial d'ADN i va declarar l'absolució del processat, perquè es vulnerava així mateix el seu dret a la presumpció d'innocència. Tanmateix, i poc després, la Sala (STS 1311/2005, de 14 d'octubre) es va pronunciar en un sentit totalment oposat, en considerar que, en l'obtenció de la font de la prova (la mostra indubiativa) no es va vulnerar cap dret fonamental i, per tant, la prova pericial d'ADN en aquest cas es va considerar lícita per a fonamentar la sentència condemnatòria. La disparitat d'aquests dos pronunciaments rau a considerar que per a la presa de les mostres sigui necessari o no comptar amb l'autorització judicial prèvia.

Així, en el primer cas, s'estima que la pràctica d'aquest tipus d'actuacions, és a dir, la recollida de mostres indubiatives per a la pràctica de l'ADN, correspon «en exclusiva» a l'autoritat judicial, la qual cosa nega el valor probatori a l'anàlisi genètica practicada sobre una mostra obtinguda per la policia, sense acreditar les raons d'urgència que poguessin avalar l'esmentada actuació policial. Fins i tot matisa que «encara en l'esmentada hipòtesi que realment hagués existit una raó d'urgència en l'actuació policial en recollir la mostra biològica de la cel·la que ocupava l'acusat, ens trobaríem davant d'una prova il·lícita en no haver-hi cap resolució judicial que ordenés o autoritzés la prova pericial d'ADN sobre l'esmentada mostra biològica». En definitiva, com indica la STS de 19 d'abril de 2005, «en haver faltat aquesta resolució judicial que ordenés la pràctica de la prova pericial, va haver-hi un defecte d'ordre processal que converteix en prova d'ADN obtinguda il·licitament amb la qual es va condemnar l'acusat».

No obstant això, en el segon cas, la STS de 14 d'octubre de 2005 aborda de nou l'obtenció de la font de prova (mostra indubiativa) per la policia sense l'autorització judicial prèvia i descarta rotundament la vulneració de drets fonamentals. Així, se centra a destacar que la mostra biològica obtinguda no es va extreure del cos del sospitós, sinó recollida del terra. Per això, exposa que:

No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante la toma subrepticia de los restos de un esputo que el acusado arrojó cuando salía de una de las celdas de la comisaría y que fue recogida por la policía. En estos casos no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva.

En conclusió, «les restes de saliva escopits es converteixen així en un objecte procedent del cos del sospitós però obtingut de forma totalment inesperada». I pel que fa al problema de l'autenticitat de la mostra biològica, si bé el recurrent no la discuteix, la Sala Segona argumenta que els protocols d'obtenció de la font de prova es van ajustar a les previsions establertes.

Davant de la contradicció que hi ha entre aquestes dues sentències sobre la prova d'ADN, el Ple no Jurisdiccional de la Sala Segona del TS, de 31 de gener de 2006, va adoptar l'Acord següent:

La policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

La conseqüència d'aquest Acord va ser la Sentència del TS de 14 de febrer de 2006, en la qual, davant d'uns fets semblants⁷ i davant de les queixes dels recurrents sobre suposades irregularitats detectades en la recollida de mostres i l'anàlisi posterior d'ADN, deixa clars una sèrie d'aspectes sobre la qüestió, que mereixen ser destacats. En primer lloc, pel que fa a la manca de consentiment dels afectats en la recollida de la punta de cigarreta que ells van llençar, la Sala Segona fonamenta que:

Ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial. [...] una colilla arrojada por los recurrentes se convierte en res nullius y por ende accesible a la fuerza policial sí puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.

Posteriorment, i quant a la necessitat d'iniciativa judicial com a condició de licitud o vàlida en la pràctica de la prova, el TS –basant-se tant en la reforma de l'art. 326 LECr. com en l'esmentat Acord del Ple de la Sala Segona– dona suport a l'actuació policial amb els arguments següents:

La intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos, en los que posee espacios de actuación autónoma.

I, quant a la competència per a la recollida i anàlisi posterior de l'ADN de les mostres indubitatives sense necessitat d'intervenció judicial, manifesta que:

La competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes.

De la mateixa manera, la Sentència que estem comentant –per bé que estima oportú fer una interpretació flexible de les facultats atribuïdes a la policia– recull

7. Coincidència de l'ADN trobat a les restes biològiques trobades en algunes peces abandonades a les proximitats del lloc del delicte amb l'empremta genètica de les puntes de cigarreta llençades pels recurrents i recollides per la policia.

una sèrie de mesures de garantia que s'haurien d'adoptar per a l'autenticitat de la diligència. L'ordre preferencial d'aquestes mesures seria el següent:

- a) El jutge d'instrucció en els casos normals.
- b) En supòsits de perill de desaparició de la prova, també la policia judicial en atenció a la remissió que l'art. 326 fa a l'art. 282 LECr.
- c) Per als supòsits en què, sense ordenar-ho el jutge i sense haver-hi risc de desaparició o pèrdua de la prova, la policia recull la mostra conforme als seus protocols i documenta la diligència, la posa en coneixement del jutge i aporta els seus resultats a la causa, conclou que «en aquests casos ens trobariem davant d'una infracció processal, que no viciaria de nul·litat la diligència, sense perjudici de la devaluació garantista d'autenticitat provocada pel dèficit formal, que podria arribar fins a la desqualificació total de la perícia si la cadena de custòdia no ofereix cap garantia». En definitiva, en aquest supòsit –garantida la cadena de custòdia– el TS no té cap mena de dubte que la mostra recollida pertany a la persona vigilada i que els perfils genètics es corresponen amb els trobats a les mostres dubitatives intervingudes en el lloc dels fets delictius. En conseqüència, determina que «la prova és vàlida i eficaç per a desvirtuar el dret a la presumpció d'innocència».

Aquests sòlids arguments són recollits i aplicats per altres sentències posteriors.

Finalment, acollint aquest criteri jurisprudencial, i com s'ha dit més amunt, la disposició addicional tercera de la Llei de bases del 2007 ha establert que, per a la investigació dels delictes enumerats a l'article 3.1.a), la policia judicial durà a terme la presa de mostres i fluids del sospitós, detingut o imputat, així com del lloc del delicte. Aquest primer apartat ofereix ja pocs dubtes pel que fa a les facultats policials de recollida de mostres biològiques externes al cos del sospitós.

4. LA CADENA DE CUSTÒDIA

L'Avantprojecte de la LECr., en el capítol V sobre les investigacions mitjançant marcadors d'ADN, recull sobre la presa de mostres:

Artículo 262. Toma de muestras

3. En todo caso, la recogida de las sustancias, objetos o elementos a las que se refiere este capítulo se sujetará a las siguientes reglas:

- a) Serán efectuadas por dos facultativos que se identificarán en el atestado.
- b) Se extenderá un acta de constancia tanto del objeto de que se trate como de su ubicación.
- c) Se indicarán los precintos y las medidas de seguridad que se han tomado para asegurar la autenticidad de la muestra.
- d) Se dejará constancia de la traza seguida por la muestra y de la identidad de todas las personas que hayan estado en contacto con la misma.
- e) Siempre que sea posible, la documentación de la intervención de la muestra se completará con la obtención de fotografías.

4. La ejecución de la diligencia de obtención de las muestras será encomendada al personal técnico de la Policía Judicial especialista en recogida de huellas o de material genético, al médico forense o a otros expertos cualificados en la recogida de material biológico.

5. ARGÜCIES

L'argücia és emprada no per obtenir el consentiment sinó per aconseguir la mostra sense necessitat d'intervenció corporal. Un exemple clàssic en l'àmbit de les proves lofoscòpiques consisteix a deixar a disposició del sospitós un objecte tractat amb reactius que recullin les seves empremtes. Un altre exemple, esmentat més amunt, és oferir una cigarreta per recollir després la punta i obtenir-ne el perfil d'ADN. Sembla que les sentències del TS de 21 de juny de 1993, 20 de desembre de 1996 o 3 de març de 2000 permeten aquest tipus d'estratagemes o argücies. Aquesta tesi, d'altra banda, concorda amb algunes declaracions del TEDH: sentència de 5 de febrer de 2002 (cas Conka vBèlgica). STS 1027/2010 de 25 de novembre.

6. PRESA DE MOSTRES BIOLÒGIQUES QUE REQUEREIXEN INTERVENCIÓ CORPORAL. EL FROTIS BUCAL

Com ja s'ha dit, la disposició addicional tercera de la Llei de bases del 2007 ha establert que, per a la investigació dels delictes enumerats a l'article 3.1.a), la policia judicial durà a terme la presa de mostres i fluids del sospitós, detingut o imputat, així com del lloc del delicte. També disposa que la presa de mostres requereixi inspeccions, reconeixements o intervencions corporals, sense consentiment de la persona afectada, requerirà en tot cas autorització judicial mitjançant una interlocutòria, d'acord amb el que estableix la LECr.

Hi ha diversos problemes derivats del fet que l'afectat presti consentiment perquè li sigui presa la mostra amb destinació a la base de dades: ha de demanar-lo necessàriament el jutge? És necessària l'assistència lletrada per atorgar-lo? Es pot considerar lliure el consentiment en determinats ambients o davant de certes circumstàncies objectivament intimidatòries (requeriment policial)? Les respostes que donen els tribunals no són segures i la reforma amb prou feines ha regulat res sobre aquests aspectes, encara que atorga a la policia la possibilitat de demanar aquest consentiment i, si s'obté, prendre la mostra per a incloure-la a la base. A aquesta inseguretat cal afegir un altre ingredient: no tot pronunciament d'interès en aquesta matèria accedeix al TS, el qual en qualsevol moment podria –a l'efecte d'aclarir la qüestió i proporcionar al sistema la necessària seguretat jurídica– convocar un Ple jurisdiccional o no jurisdiccional, com va fer el 2006 a propòsit de mostres abandonades pel sospitós. Les sentències dictades pels jutjats del penal –la competència dels quals s'estén a l'enjudiciament de delictes castigats amb pena de fins a cinc anys de presó– només són recurribles davant de l'Audiència

Provincial i no accedeixen al TS. Ja ens podem fer una idea de la multitud de criteris que poden dimanar de tants òrgans enjudiciadors, tants com sales del penal hi hagi a les diverses audiències provincials de tot l'Estat.

Què diuen els tribunals sobre aquesta qüestió, a propòsit de la intervenció de lletrat i a propòsit del consentiment dels detinguts?

6.1 PRONUNCIAMENT DELS TRIBUNALS SOBRE LA INTERVENCIÓ DE LLETRAT I EL CONSENTIMENT DELS DETINGUTS

6.1.1 STS 2461/2001, de 18 de desembre

No cabe la menor duda que los análisis de ADN constituyen una prueba fiable que, en caso positivo, permite establecer la identidad del autor del delito con unos márgenes de error prácticamente despreciables en el estado actual de la técnica. Tampoco ha de caber duda alguna acerca de que se trata de una diligencia de investigación que, practicada correctamente, puede convertirse en un medio válido de prueba. Ello explica que *no siempre se realice sobre la persona de los imputados, sino que es precisamente el resultado del análisis lo que puede dar lugar a esa imputación. Lo que siempre será exigible es que al prestar el consentimiento se conozca la finalidad de la actuación que se autoriza.*

En este caso, el recurrente, detenido por una agresión sexual, *es requerido para que autorice una extracción de saliva* para determinar la posible autoría de los hechos por los que ha sido denunciado. Sabe, por ello, que la finalidad de la extracción se relaciona con una investigación criminal y además *está asistido de Letrado*, sin que ni uno ni otro se opongan en modo alguno, por lo que no puede decirse que hayan sido sorprendidos en su buena fe. No parece, por lo tanto, que se hayan infringido sus derechos aunque en ese momento no hubiera sido imputado formalmente por unos hechos, respecto de los cuales, la extracción de saliva constituía en ese momento, una diligencia de investigación.

6.1.2 STS 940/2007, de 7 de novembre

L'Audiència Provincial de Madrid va condemnar per agressió sexual. El recurs de la defensa argumentava que la presa de mostres feta per la Guàrdia Civil mentre el condemnat estava detingut i en el transcurs d'una entrada i escorcoll s'havia realitzat sense intèrpret i sense lletrat. El TS diu:

En principio, ha de reconocerse la razón que asiste a la parte recurrente en cuanto se refiere a la posibilidad de asesoramiento de Letrado –dada su condición de detenido– para prestar su consentimiento para la obtención de muestras biológicas (v. art. 520, por todas, STC de 3 de abril de 2001 y *STS de 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5202]*), relativas al consentimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro

en el domicilio, que sientan una doctrina aplicable lógicamente al consentimiento para la obtención de dichas muestras), y, en buena medida, la relativa a la asistencia de intérprete [v. art. 520.2.e) LECr.].

I afegeix:

No procede la estimación de este motivo con la pretensión con que lo ha formulado la parte recurrente (que «se declare la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se produjo la vulneración de derechos fundamentales»), pues, en principio, *la única consecuencia derivada de la vulneración constitucional en la obtención de algún medio probatorio no puede ser otra que la exclusión de dicha prueba del acervo probatorio de la causa*, cosa que -como hemos dicho-, en el presente caso, carecía de relevancia en cuanto *el Tribunal dispuso de una prueba de cargo regularmente obtenida* y con entidad suficiente para poder enervar el derecho del acusado a la presunción de inocencia, al margen de la prueba cuestionada.⁸

6.1.3 STS 685/2010, de 7 de juliol

La sentència de l'Audiència Nacional va condemnar per transport de substàncies incendiàries i danys terroristes. El TS no estima el recurs perquè allò que qüestionava la defensa no era la presa de mostres indubitatives als condemnats sinó la recollida del material on es van trobar les mostres dubitatives que, després del corresponent acarament, els van identificar. Però en aquesta sentència el TS fa unes generalitzacions reflexives (*obiter dictum versus ratio decidendi*) a propòsit del règim jurídic de la presa de mostres: en primer lloc indica que si el subjecte està detingut cal l'assistència lletrada per al consentiment del detingut a prestar la mostra; en segon lloc nega la possibilitat d'emprar la força per a executar l'ordre judicial de presa de mostres si el subjecte es nega a col·laborar.

De acuerdo con su contenido resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados.

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

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.

8. Saliva de la víctima al coixí.

En estos casos, *si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.*

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

6.1.4 STS de 17 de març de 2010

L'Audiència Provincial de Madrid condemna a elevades penes de presó per delictes d'abús sexual. El TS diu:

La defensa considera que esta prueba ha sido ilegalmente obtenida, dado que del acta del folio 180 no surge que haya sido informado de la finalidad con la que se obtuvo la muestra que luego sirvió para el análisis del ADN y no se realizó en presencia del Defensor. La cuestión carece de relevancia para la resolución del caso, pues aunque se admitiera la impugnación del recurrente la prueba que hemos examinado en el apretado anterior sería suficiente para sostener la condena impuesta.

El condemnat admetia la presència de la nena en el domicili.

6.1.5 STS 353/2011, de 9 de maig

L'Audiència Provincial de Madrid condemna per agressió sexual. La defensa al·lega que els elements biològics obtinguts com a indubitatius en la persona de l'acusat ho van ser de manera il·lícita, el consentiment es va prestar sense els requisits d'informació prèvia ni assistència de lletrat, per la qual cosa aquest mitjà probatori s'ha d'excloure a l'efecte d'enviar la presumpció d'innocència. El TS diu:

Muy al contrario, examinando el informe pericial emitido y las actuaciones policiales que dan cuenta de la detención del acusado, se observa que aquellas muestras biológicas del mismo fueron obtenidas de una prenda del acusado ocupada en el momento de la detención practicada con ocasión de la imputación a éste de un delito de lesiones a otra persona en un momento muy posterior a los hechos aquí juzgados.

No consta que la práctica del frotis bucal fuera realizado antes de la diligencia que recoge la voluntad de no declarar el acusado, en presencia de Letrado e intérprete,

pese a que en la diligència antes citada del atestado no se hace constar la fecha y hora de la recogida de muestras para examen biológico.

I conclou afirmant:

En consecuencia no cabe estimar que concurriera ni, desde luego, un uso violento de fuerza para obtener la muestra en el frotis bucal ni, tampoco, que el consentimiento dado a esos efectos no fuera precedido de *la exigible información y asistencia de Letrado*.

6.1.6 STS 717/2008, de 12 de novembre

La sentència condemnatòria de l'Audiència Provincial de Granada és de desembre de 2007, acabada d'entrar en vigor la Llei del 2007; potser per aquest motiu no s'hi fa al·lusió ni en el text ni en el recurs. Aquí la defensa argumentava que la recollida de mostres s'havia realitzat sense la interlocutòria judicial a què fa referència l'art. 363 LECr. El TS desestima i diu textualment:

[...] que el consentimiento del detenido en dependencias policiales se prestó de modo regular y libre por cuanto contaba con asistencia de intérprete y de letrado, con lo que su validez queda fuera de toda duda.

6.1.7 Sentència de l'Audiència Provincial de Màlaga 16/2010, de 10 de juny

En aquest cas s'absol l'acusat. Vegem un fragment de l'argumentació:

En el presente caso, el examen de los autos (folios 42 y 46 a 50) pone de manifiesto que la toma de muestras biológicas del cuerpo del procesado se hizo estando éste detenido, que no existió una resolución judicial que así lo acordase motivadamente, como resulta preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dicha diligencia se practicó sin la presencia de su abogado y sin informarle del alcance y consecuencias de la toma de las muestras, y además sin la asistencia de intérprete, cuando sin embargo en la demás diligencias, esto es, tanto en su declaración ante la Policía como ante el Juzgado, fue necesaria la intervención de intérprete. De todo lo que se colige que la diligencia de tomas de muestras sobre el cuerpo del procesado se hizo sin respetar los derechos fundamentales que a éste asisten, por lo que ha de reputarse nula y sin efecto jurídico alguno la prueba pericial derivada de ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

6.1.8 Sentència de l'Audiència Provincial de Guipúscoa, de 26 de maig de 2003

En aquest cas s'absol el condemnat recurrent:

[...] la práctica de dicha extracción en la persona del acusado no requería la asistencia letrada.

[...] En cuanto a la nulidad de dicha prueba por causa de no haber sido informado verbalmente el acusado de sus derechos en relación con la misma, de su fin real ni de las posibles consecuencias inculpativas, hay que señalar [...]: la prueba de extracción de saliva en cuanto a su sometimiento, requiere el conocimiento por el afectado de los derechos de defensa anteriormente a su realización y de las consecuencias tanto positivas como negativas que puede comportar la realización de dicha prueba, dado que como en el caso de la confesión judicial, podría constituir un acto procesal del que puede resultar la inculpativa del mismo.

6.1.9 STS 880/2011, de 26 de juliol, i STS 680/2011, de 22 de juny

De vegades la identificació de l'autor d'un fet delictiu es basa únicament i exclusiva en el perfil genètic que es troba a la base de dades i que s'ha obtingut en el transcurs d'una detenció anterior per un fet delictiu diferent. La defensa en aquest cas al·legava que l'obtenció de la mostra indubitable en el transcurs d'aquella altra detenció s'havia fet de manera irregular, consentiment no lliure i sense lletrat. En sengles recursos de cassació, el TS es pronuncia sobre la qüestió:

[...] no habiéndose planteado durante la instrucción sumarial la cuestión que ahora se suscita en relación con la falta de voluntariedad o el modo en cómo llegó a la base de datos las referidas muestras indubitadas, encontrándonos, pues, fuera del momento procesalmente hábil para suscitar tal cuestión.

Aquests pronunciaments no clarifiquen la qüestió perquè en qualsevol moment la defensa sí pot qüestionar aquesta obtenció realitzada amb ocasió d'altres fets. Així ha passat en un procediment investigat per una de les seves unitats la URI de les Corts, que ha donat lloc a una sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 21 de març de 2011.⁹

6.1.10 Sentència de l'Audiència Provincial de Badajoz 57/2006, de 18 d'abril

Es pronuncia en relació amb la presa de mostres per un funcionari policial.

9. En el moment d'elaborar aquest article (novembre de 2011) encara estava pendent de resolució el recurs de cassació.

¿Qué carácter y eficacia tendría la toma de muestras obtenida por la Policía con el consentimiento del sujeto objeto de la misma?

Entendemos que en el mejor de los supuestos y para que pudiera valorarse con eficacia incriminatoria requeriría de la presencia de Letrado en el momento de la toma de la muestra y de una previa puesta en conocimiento de manera clara y concluyente de que el resultado de la misma pudiera incriminarle en la realización y ejecución de determinados hechos presuntamente delictivos.

Si ello no ocurre y tal como parece inferirse del contenido del acuerdo no jurisdiccional de 13-7-2005 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?

El art. 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye habilitación legal suficiente para la práctica de dicha diligencia, la prueba carecería de eficacia incriminatoria, puesto que se requeriría la autorización judicial.

Bajo estos presupuestos aún habiendo accedido voluntariamente a la realización de un frotis bucal, dado que no consta se le haya advertido de su derecho a no autoinculparse, es decir no constando se le haya informado de manera clara y concluyente de las consecuencias que se pudieran derivar en su contra del resultado de dichas muestras y por consiguiente está asimismo afectado su consentimiento de un vicio de nulidad careciendo de asistencia letrada en ese momento (se le recibe declaración como detenido el día 15 de marzo de 2004 en presencia del Letrado Sr. Morillo Montero de Espinosa y sin embargo la toma de la muestra corporal se le realiza ese mismo día pero a las 20.30 horas) considera la Sala que dicha obtención y realización del frotis bucal para poder haber tenido eficacia incriminatoria hubiera precisado de la necesaria autorización judicial; no habiéndose autorizado judicialmente se trata de una prueba irregular y por consiguiente carece de toda virtualidad incriminatoria.

Siendo esta la única prueba de cargo no procede dictar otra resolución que la absolutoria del recurrente.

6.1.11 Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla 168/2006, de 28 d'abril

Es tracta d'un cas curiós perquè la mostra va ser presa en presència del secretari judicial amb ocasió d'un escorcoll perquè, segons sembla, s'havia acordat judicialment a petició de la policia. En examinar la causa, l'Audiència no va trobar la interlocutòria, estima el recurs i absol:

[...] el consentimiento del detenido a la policía sin estar asistido de letrado es un consentimiento viciado y, por consecuencia, nulo, extendiéndose esa nulidad al resultado de la diligencia practicada y, por efecto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a las pruebas derivadas al haber sido obtenida la principal con vulneración constitucional del derecho de defensa (sentencia 516/2005, de 25 de abril) [...] La intervención del Secretario Judicial en la práctica de una diligencia no autorizada judicialmente, no permitía prescindir sin más de la preceptiva asistencia letrada a quien se encontraba detenido.

6.1.12 Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid 258/2009, de 30 de desembre

El seu pronunciament va resoldre un recurs d'apel·lació contra una sentència absolutòria d'un jutjat de menors; el qui recorria era el mateix absolt i deia que el jutgador no s'havia pronunciat sobre la vulneració de la seva intimitat per il·legalitat en l'actuació policial per obtenir mostres amb la finalitat d'elaborar el perfil genètic del menor i incorporar-lo a la base policial d'ADN, sense prestar un consentiment vàlid, i per no destruir les mostres i cancel·lar les dades en haver recaigut sentència absolutòria. Encara que per al tribunal sigui discutible la presència del lletrat no ho és que el consentiment hagi de ser un consentiment informat. Disposa que es destrueixin les mostres obtingudes del menor, dels seus identificadors d'ADN, així com que es cancel·lin tots els arxius relacionats amb aquests.

En el presente caso no constan cuáles han sido las circunstancias en que se ha obtenido el consentimiento del menor y, en concreto, ninguna mención existe en las actuaciones a los siguientes aspectos, que este Tribunal considera son fundamentales para dilucidar la legalidad de la actuación:

- 1) Las advertencias que se hicieron al menor antes de prestar el consentimiento.
- 2) Los derechos de los que fue instruido y, en particular, si lo fue de los derechos relacionados con la protección de sus datos personales, con qué alcance y con qué contenido.
- 3) Si teniendo en cuenta su reducida edad, quince años, se le permitió estar asistido por su progenitor o por quien legalmente o de hecho realizase las funciones de guarda; y aunque *resulte más discutible* si, dada su situación de menor privado de libertad, se le permitió contar con la asistencia de un abogado.

Ninguna duda cabe que el consentimiento vàlidamente prestado constituye una manifestación del ejercicio del titular del derecho a controlar las informaciones que le conciernen, *pero el consentimiento, para ser eficaz, es preciso que sea un consentimiento informado* y es claro que en este caso este Tribunal carece de elementos de juicio para verificar sus condiciones de validez.

A lo anterior se añade que en el caso sometido a nuestra consideración, en el que recayó sentencia absolutoria, concurre la causa de cancelación establecida en el art. 9 LO 10/2007 (RCL 2007, 1843). A pesar de ello, no consta que se haya adoptado medida alguna para garantizar la destrucción de las muestras y la cancelación de los datos –lo que, por sí, conlleva una violación adicional del art. 18.4 CE (RCL 1978, 2836)– del recurrente.

6.1.13 Sentència de l'Audiència Provincial d'Osca 195/2009, de 4 de desembre, confirmada per la STS 854/2010, de 29 de setembre

Es tracta de l'anomenat cas Fago. Recull el criteri del tractament diferent si estem en presència de sospitosos no detinguts.

[...] ninguna ilicitud apreciamos en la diligencia de toma de saliva del ahora acusado mediante el uso de un hisopo a fin de realizar el oportuno cotejo de ADN. Anselmo, al igual que otras personas, consintió o autorizó tal extracción expresa y voluntariamente y por escrito el día 14 de enero de 2007 -es decir, mucho antes de su detención-, como consta en el documento unido al folio 923 del sumario, en donde aparece su firma. [...] Desde el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de enero de 2006 (como dice el auto de 12-II-2009), el Tribunal Supremo también mantiene que «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial», por lo que con igual fundamento puede recoger las muestras que voluntariamente entregue el sospechoso, de la misma manera que la jurisprudencia admite la validez de la entrada y registro en la vivienda del sospechoso no detenido cuando no haya mediado autorización judicial. *El consentimiento no sería válido si el sospechoso estuviera detenido o, sin estarlo, no supiera que la finalidad de la extracción era comprobar su posible participación en un hecho delictivo; mas ni una ni otra circunstancia concurren en el presente caso.*

6.1.14 Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana 38/2007, de 19 de juliol

Validesa del consentiment del detingut sense lletrat.

Como consta en las actuaciones, al recurrente al ser detenido se le comunicó la conveniencia de tomarle muestras orgánicas de carácter indubitado consistentes en frotis bucal mediante dos hisopos de algodón, a fin de determinar su perfil genético (ADN) y realizar los estudios comparativos con las muestras relacionadas con el hecho que motiva la detención así como su cotejo con la base de datos de evidencias del CNP, informándole que dicho acto se realiza meramente con fines identificativos, prestando éste su consentimiento libre y espontáneamente.

6.2 EL CONSENTIMENT INFORMAT

Com es pot veure, crec que he complert la promesa sobre la sensació de confusió que es tindrà després d'aquesta allau jurisprudencial. Però en tots aquests pronunciaments no pacífics sobre la presència o no de lletrat per a la prestació del consentiment crec que el que hi queda clar, a tots, és la necessitat que el consentiment sigui informat.

Què entenem com a consentiment informat? Ho diu l'avantprojecte de la LECr. que, lamentablement, almenys en aquesta qüestió, no veurà la llum.

Artículo 265. Garantías e información

1) Toda persona que haya de facilitar muestras biológicas para la realización de análisis genético encaminado a obtener los marcadores de ADN, antes de prestar el correspondiente consentimiento será informada de manera comprensible del fin para el que la muestra ha de ser obtenida, de los análisis que han de realizarse sobre ella y de los datos que pretende obtenerse con los mismos.

2) Si se encontrase detenida, podrá prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilicen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal.

3) Si se tratase de menores de edad mayores de catorce años o personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente sometidos a tutela será preciso su consentimiento informado cuando por sus condiciones de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia o, en caso contrario, de su representante legal, quien deberá siempre prestar su consentimiento si el menor es de edad igual o inferior a catorce años.

7. LA PROVA SOBRE GRUPS DE PERSONES

La possibilitat de practicar la prova d'ADN, no a una persona que en el transcurs d'una investigació adquireix la qualitat de sospitós, sinó a un grup de persones més o menys ampli que, per pertànyer a un col·lectiu determinat, es veuen implicades en la investigació, suscita seriosos problemes. L'article 363 LECr. només recull, a aquest efecte, la referència als principis de proporcionalitat i raonabilitat i la menció del sospitós.

Aquest tipus de proves ja s'ha suscitat al nostre país i s'ha utilitzat més sovint en d'altres països. Entre 1983 i 1986 es van cometre una sèrie de violacions al comtat de Leicestershire (Regne Unit). Per la concentració d'espermatozous es va deduir que l'autor devia de tenir entre tretze i trenta anys. Es va requerir policialment a tots els homes de la zona perquè «voluntàriament» se sotmetessin a una extracció de sang per a l'anàlisi posterior de l'ADN. Es van dur a terme més de cinc mil anàlisis. El resultat va ser negatiu: no hi havia coincidència entre les mostres analitzades i les trobades en els llocs de comissió dels delictes. Posteriorment s'ha suscitat la qüestió en altres països europeus, concretament a França i Alemanya. En aquest darrer país, on hi ha un intens debat sobre la qüestió, es va aplicar en diverses ocasions. En un cas de violació i homicidi es tenien igualment les restes d'esperma i als voltants de la casa s'havia vist un vehicle Porsche 944, matriculat a Munic; per això es va sol·licitar la presa «voluntària» de set-cents cinquanta homes propietaris d'un vehicle d'aquestes característiques.

Davant d'aquests «tests massius», es plantegen una sèrie de qüestions jurídiques amb una transcendència especial. L'art. 363, mitjançant la referència al «sospitós», impedeix que es pugui adoptar judicialment la mesura com a obligatòria respecte d'aquests grups de població. Ara bé, el judici de proporcionalitat no sempre ha de ser negatiu i ha de descartar la possibilitat de sotmetre a la prova –fins i tot obligatòriament– a un nombre determinat de persones. Així, quan el cercle de sospitosos en el cas concret es redueixi a un nombre determinat, individualitzats per una sèrie de característiques comunes,¹⁰ res no impediria al jutge entendre

10. Per exemple, individus d'una població determinada amb pocs habitants (cas Fago), d'una franja d'edat determinada, amb un color de cabell determinat, amb unes característiques físiques específiques o poc comunes, amb una relació directa amb la víctima, etc.

que hi concorre la condició racional de sospitosos i que acordés la mesura per a ells obligatòriament; i encara menys impediria admetre la subjecció voluntària a la prova dels qui fossin cridats.

D'altra banda, en relació amb això i en casos de proves massives voluntàries, sorgeix la qüestió de la validesa del consentiment per part de qui decideix sotmetre-s'hi. És qüestionable la validesa del consentiment en aquests supòsits per dues raons. En primer lloc, en entorns petits fa pensar en un consentiment possiblement viciat per pressió social i ambiental en alguns casos. En segon lloc, perquè el perfil genètic d'un individu que s'ha prestat a l'anàlisi voluntàriament pot no coincidir amb el trobat en el lloc del delicte però sí determinar que es pot tractar d'un familiar consanguini. Ens trobaríem aleshores amb allò que en la nostra jurisprudència s'anomena la doctrina de les troballes casuals, la qual cosa no planteja dubtes sobre la possibilitat d'utilitzar el resultat, com ja s'ha vist, però sempre que el subjecte que s'ha prestat voluntàriament a la prova hagi donat el seu consentiment informat i amb coneixement que amb això podria revelar o desvelar la participació criminal d'un familiar. És possible considerar que el subjecte no hauria accedit a la prova si hagués estat advertit d'aquestes circumstàncies o condicions. A l'últim, caldria valorar en aquests supòsits la falta de consentiment (art. 416 LECr.).

8. LA VÍCTIMA

Potser seria interessant plantejar-se un arxiu de perfils de víctimes, per possibles troballes del seu perfil en l'entorn del sospitós, quan el d'aquest no s'hagi trobat en l'escenari del crim comès contra aquella víctima. Òbviament aquests perfils mai no podrien permetre investigar la participació de les víctimes o els seus familiars en infraccions penals.

La víctima té una sèrie de deures amb l'Administració de justícia (no pot deixar de comparèixer, no pot negar-se a declarar o declarar falsament, etc.), l'incompliment dels quals reporta a més conseqüències processals i de vegades fins i tot de tipus penal (art. 463, 32 i 458 –fals testimoni– del Codi penal, entre d'altres); per això cal abonar la possibilitat de restringir la seva voluntat i cominar-la a una anàlisi d'aquesta naturalesa, en el seu deure de col·laborar amb l'Administració de justícia. La solució ha de tenir en compte que la prova pot ser decisiva no només per aconseguir la condemna d'un culpable sinó, de vegades, per evitar la condemna d'algú innocent.