

LA TOMA SUBREPTICIA DE MUESTRAS DE ADN POR LA POLICÍA (*)

COMENTARIO DE LA STC 199/2013,
DE 5 DE DICIEMBRE

Surreptitious DNA Sampling by Police

AINTZANE MARDARAS AGINAKO

I. INTRODUCCIÓN.—II. POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA TOMA SUBREPTICIA DE ADN POR LA POLICÍA.—III. POSTURAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA TOMA SUBREPTICIA DE ADN POR LA POLICÍA: MENCIÓN ESPECIAL A DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2005.—IV. LA STC 199/2013, DE 5 DE DICIEMBRE: 1. *Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE)*. 2. *Lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)*. 3. *Vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.3 CE)*: a) *Fin constitucionalmente legítimo*. b) *Principio de legalidad*. c) *Necesidad de autorización judicial*. d) *Principio de proporcionalidad*. 4. *Infracción del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)*.—V. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STC 199/2013, DE 5 DE DICIEMBRE.—VI. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar las circunstancias jurídicas que rodean la toma subrepticia de muestras de ADN (1) por la policía. Siendo

(*) El presente trabajo se inscribe en el marco de los proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2012-33215), «Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual en la individualización de la respuesta penal», Investigador Principal Jon-M. Landa.

(1) El ácido desoxirribonucleico, abreviado como ADN, es un ácido nucleico que contiene instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria. El papel principal de la molécula de ADN es el almacenamiento a largo plazo de información. Esta información genética del ADN se usa para fabricar las proteínas necesarias para el desarrollo y funcionamiento del organismo.

ésta una práctica policial que en la actualidad cuenta con una insuficiente regulación legal en España, partiremos del análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para determinar si las actuaciones policiales desarrolladas en este ámbito sin la oportuna habilitación judicial respetan los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española. En particular examinaremos detenidamente la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 199/2013, de 5 de diciembre, que por vez primera aborda las implicaciones constitucionales de la recogida, análisis y cotejo de las muestras de ADN como prueba forense.

¿Qué se entiende por «toma subrepticia»? El Diccionario de la Real Academia Española señala que «subrepticio» es aquello que se hace con subrepción, es decir, aquello que se toma ocultamente o a escondidas. Consiste en la ocultación de un hecho para obtener lo que de otro modo no se conseguiría. Por lo tanto, en relación con las muestras de ADN, consiste en obtener ocultamente los restos biológicos «abandonados» por el sospechoso o imputado de unos hechos delictivos. Es una muestra que se toma sin ser necesaria la colaboración del sujeto y no siendo éste consciente.

Con la toma subrepticia se pretende realizar posteriormente la comparación de una muestra dubitada (aquella que en principio no se sabe a quién corresponde) y otra indubitada (la obtenida de la persona sospechosa). Si ambas coinciden en sus resultados gracias a este medio probatorio se puede acreditar la intervención de una persona en el hecho criminal investigado.

El problema constitucional de la toma subrepticia de ADN se plantea básicamente por la insuficiente e inadecuada regulación legal. La prueba de ADN ha carecido de regulación específica en el ordenamiento jurídico español hasta la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que en su disposición final primera modificó, entre otros, los artículos 326 y 363 LECr. Por un lado, se añadió un párrafo tercero al artículo 326, con el siguiente contenido:

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

Por otro lado, se añadió un segundo párrafo al artículo 363, con la siguiente redacción:

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.

El artículo 282 al que hace referencia el nuevo artículo 323.3 LECr se limita a establecer lo siguiente:

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

La regulación sobre la utilización de la prueba genética se vino a completar en cierta manera mediante la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, si bien todavía quedan numerosos aspectos por regular (2). La disposición adicional tercera de la LO 10/2007 dice así:

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.

No obstante, en el momento en el que se produjeron los hechos por los que posteriormente se condenó al demandante de amparo en el proceso que condujo a la STC 199/2013, de 5 de diciembre, ninguna de las normas anteriores estaba en vigor. En aquel entonces no existía previsión específica sobre la realización de análisis de ADN, salvo lo dispuesto en el único párrafo del artículo 363 LECr:

(2) Entre otros, la gravedad del elenco de delitos en los que puede utilizarse este recurso, la valoración de la negativa del imputado a realizarla, el uso de la fuerza para la realización de la intervención corporal, etc.

Los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en los que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Tras haber reseñado brevemente el estado actual de la legislación en relación con la toma subrepticia de muestras de ADN, a continuación expondremos cuáles son las posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto y, posteriormente, examinaremos la STC 199/2013, de 5 de diciembre.

II. POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA TOMA SUBREPTICIA DE ADN POR LA POLICÍA

En el caso de muestras tomadas subrepticamente por la policía el sospechoso desconoce que con su actitud esté contribuyendo a la materialización de la prueba de ADN; no es consciente de ello. Las muestras se toman, por tanto, sin ser necesaria su colaboración. Dado que no es necesario utilizar la fuerza física sobre el sujeto, gran parte de la doctrina se ha mostrado favorable a la validez de esta práctica en los casos en los que la autoridad judicial de forma previa ha ordenado que se realice la prueba de ADN y el acusado, sin embargo, se ha negado a facilitar una muestra corporal.

Moreno Verdejo (3) entiende que la recogida de vestigios en los que se hallaren células de una persona se sujetará a las normas de los artículos 326.3 y 778.3 LECr. En cambio, Álvarez de Neyra Kappler (4) y Martín Pastor (5) interpretan que la LO 10/2007 autoriza esta forma de recoger la muestra, ya que la norma establece en su disposición adicional segunda que sólo será necesario el consentimiento del sospechoso, detenido o imputado, o en su defecto, una resolución judicial que la habilite cuando la muestra haya de ser tomada directamente sobre su cuerpo. Armenteros León (6) resalta que en este supuesto no

(3) MORENO VERDEJO, J., *ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Centro de Estudios Jurídicos, Gobierno de España, 2006, págs. 1818-1819.

(4) ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada, Comares, 2008, págs. 73-76.

(5) MARTÍN PASTOR, J., «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», *La Ley Penal*, núm. 89, 2012, págs. 3-9.

(6) ARMENTEROS LEÓN, M., «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *La Ley*, núm. 6738, Ref. D-144, 2007, págs. 10-15.

estamos ante una intervención corporal: en su opinión, en caso de tomarse la muestra subrepticamente no se ven afectados los derechos a la integridad física y moral y a no declarar contra uno mismo. Sin embargo, entiende el autor que la diligencia sí puede afectar al derecho a la intimidad, ya que el ADN guarda la información esencial sobre el código genético. A juicio de Ramos Alonso (7), en cambio, el derecho a la intimidad no se ve vulnerado, dado que el análisis genético no se realiza mientras el juez no lo ordene.

Por su parte, Narváez Rodríguez (8) estima que de no existir intervención corporal el derecho a la intimidad no se ve en entredicho, y añade lo siguiente: «la cuestión que se plantea no tiene que ver con las garantías sino más bien con otra problemática más simple como es la de ser una cuestión meramente fáctica, de prueba, pues lo difícil en estos casos será acreditar el carácter indubitado de una muestra que no ha sido obtenida directamente del cuerpo del acusado, sino del suelo o de otro lugar, sin que tal circunstancia haya quedado debidamente probada. El tema no es, pues, jurídico, sino más bien de prueba y de su valoración». En cuanto a este aspecto, establece Fábrega Ruiz (9) los requisitos fundamentales que han de regir en la recogida y remisión de muestras al laboratorio para que su autenticidad no se vea comprometida.

De un modo u otro, aun entre aquellos que se han mostrado favorables a la utilización de estas muestras en su consideración como *res nullius*, se ha discutido la cuestión de si para recogerlas es necesario que exista una resolución judicial habilitante o si, por el contrario, la policía judicial puede hacerlo *motu proprio*. Entiende Ramos Alonso que la resolución judicial no es preceptiva para la recogida, pero que la policía judicial, una vez recogida la muestra, deberá informar de inmediato al juez de instrucción, para que sea este último quien ordene el análisis genético; de lo contrario, la consecuencia será la nulidad de la prueba. Del Pozo Pérez (10) señala que «resulta impensable la pretensión de la STS de 19 de abril de 2005 cuando pretende que el Juez se desplace a dependencias policiales para recoger cualquier resto biológico voluntariamente expulsado por el detenido». A su juicio sería una situación «absurda e imposible de llevarse a la práctica».

(7) RAMOS ALONSO, J. V., «La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal», *La Ley*, núm. 7364, 2010, págs. 15-22.

(8) NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La recogida de muestras biológicas en la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 703, 2006, págs. 4-7.

(9) FÁBREGA RUIZ, C. F., «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la “huella genética” y su valoración judicial», *La Ley*, Ref. D-23, 1999, págs. 6-14.

(10) DEL POZO PÉREZ, M., «Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 10, 2012, págs. 28-33.

No obstante, no toda la doctrina se muestra favorable a la validez de la toma subrepticia. También hay quienes la cuestionan, e incluso quienes se muestran abiertamente en contra de su uso. Éste ha sido un tema controvertido en Alemania, Etxeberria Guridi cita un trabajo de Eisenberg de 1993. A juicio del citado autor alemán, esta diligencia, que se materializa en secreto, vulnera el principio a la libre autoincriminación recogido en la Constitución alemana (11). En la actualidad, el Código o Ley alemana de Procedimiento Criminal (*Strafprozeßordnung*) autoriza a tomar muestras de sangre y de material biológico de sospechosos sin su consentimiento cuando ello sea necesario para la investigación, pero el procedimiento requiere autorización judicial. Si ello puede ocasionar un retraso que ponga en peligro el éxito de la investigación, también lo puede ordenar el ministerio fiscal. En otras situaciones, se requiere el consentimiento del sospechoso (§ 81a: 1-3).

Por lo que respecta a España, Etxeberria Guridi (12) alberga serias dudas acerca de la legalidad de esta práctica. Asimismo, augura que la aplicabilidad del artículo 363.2 LECr será escasa o nula, pues los propios tribunales están mostrando cómo eludir la participación de la autoridad judicial. También Rivero Hernández (13) se ha mostrado en contra de la utilización de la muestra obtenida de esta forma. A su juicio, los datos obtenidos sin consentimiento del interesado no pueden ser tenidos en cuenta por el juez, ya que estaríamos ante una prueba nula. Igualmente Cortés Bechiarelli (14) sostiene que esta diligencia tan sólo puede realizarse bajo control judicial porque el artículo 363 LECr no prevé otra cosa y de lo contrario se estaría limitando el derecho a la intimidad de la persona investigada. Considera el autor que la posición contraria no se puede fundamentar en el artículo 282 LECr, el cual, recordemos, es anterior a la Constitución; y recalca que esta diligencia tendrá que ordenarse mediante auto judicial motivado una vez que el sujeto pasivo procesalmente haya pasado de ser sospechoso a imputado (15).

(11) EISENBERG, U., *Persönliche Beweismittel in der StPO*, C.H.Beck, Múnich, 1993, citado por ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Comares, 2000, págs. 303-309.

(12) ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 28, julio-diciembre de 2008, págs. 110-125.

(13) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales», *Poder judicial*, núm. 25, 1992, págs. 61-71.

(14) CORTÉS BECHIARELLI, E., «Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de abril de 2005)», *Revista Penal*, núm. 16, 2005, págs. 36-42.

(15) CORTÉS BECHIARELLI, E., «Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)», *Revista Penal*, núm. 18, 2006, págs. 49-54.

III. POSTURAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA TOMA SUBREPTICIA DE ADN: MENCIÓN ESPECIAL A DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2005

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó en 2005 dos sentencias contradictorias sobre la toma subrepticia: ante un supuesto idéntico, y con escaso margen temporal, el Tribunal resolvió dos recursos de casación de manera frontalmente opuesta. Las dos sentencias son, además, importantes para poder valorar la STC 199/2013, de 5 de diciembre, objeto del presente comentario, pues el recurso de amparo que resuelve la STC 199/2013 se dirige contra una de las Sentencias del Tribunal Supremo, aquella que aplica el entendimiento más laxo y menos garantista de los derechos fundamentales afectados.

El supuesto enjuiciado en ambas era el mismo; es más, ambas se referían a la misma persona: tras ser detenido en dos ocasiones, se le acusó de dos acciones distintas de violencia callejera (más conocida como «kale borroka»). En la primera de ellas se trataba de la quema de un autobús, mientras que la segunda se refería al incendio de un cajero automático. En ambas acciones, los responsables actuaron con la cara cubierta bajo sendas capuchas que posteriormente fueron arrojadas en las inmediaciones, gracias a lo cual la policía judicial pudo determinar, tras su análisis biológico, que contenían restos de saliva del sujeto que las había utilizado.

Pasados unos meses, el demandante fue detenido en dos ocasiones, y curiosamente en ambas detenciones se tomó un esputo suyo de forma subrepticia. La primera de ellas en abril de 2002, mientras se encontraba en dependencias policiales de la Ertzaintza. Aprovechando su privación de libertad en un lugar que no aparece precisado, un agente de la policía vasca, con un hisopo, recogió restos biológicos de un escupitajo de la celda correspondiente, y lo envió a la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza. Esta prueba llegó al juicio oral a través de las declaraciones de los policías, dado que nada se documentó en las diligencias.

La segunda detención se produjo en octubre de 2002. El detenido, al salir de la celda al baño, arrojó al suelo un esputo. El agente de la policía vasca que lo custodiaba, al percatarse de ello, aprovechó su ausencia para recoger el resto con un hisopo y ponerlo en manos de la policía científica.

Del análisis de ADN realizado en ambos casos resultó que los rastros biológicos encontrados en las capuchas eran coincidentes con las muestras obtenidas subrepticamente, por lo que se identificó al detenido como autor de ambos delitos.

Aunque es idéntica la forma en la que se recoge la muestra, el Tribunal Supremo en casación resolvió ambos recursos de manera totalmente opuesta.

En la Sentencia 501/2005, de 19 de abril (16), el Tribunal señaló que toda prueba ha de ser incorporada al proceso con todas las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales. Tras analizar las alegaciones del recurrente concluye que el derecho a la presunción de inocencia ha sido vulnerado, con el siguiente razonamiento: «no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal. No había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente, el joven Alexander. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron». Por ello, el Tribunal declara la ilicitud de la prueba obtenida subrepticamente. El Tribunal sostiene su conclusión a través de la doctrina establecida en el fundamento de Derecho segundo de la STS 510/1997, de 14 de abril, y en el fundamento de Derecho cuarto de la STC 303/1993, de 25 de octubre. Por un lado, aclara que, en virtud del artículo 326 LECr, la recogida de los vestigios o pruebas materiales del delito corresponde personalmente al juez instructor: «La intervención de la competente Autoridad Judicial, en principio y por regla general, es obligada en estos casos, no pudiendo ser sustituida por la actuación policial, salvo que existan las mencionadas razones de urgencia.» En caso de que existan motivos de urgencia que posibiliten la actuación policial, para que la prueba tenga validez en el juicio oral, la diligencia deberá hacerse constar documentalmente, de modo que queden precisados «[...] el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada».

En la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial al caso objeto de recurso, el Tribunal estimó que no concurrían razones de urgencia que justificasen la actuación policial. No había posibilidad alguna de que la muestra se destruyese por el paso del tiempo. Simplemente la policía debía tomar las precauciones necesarias para que los restos biológicos se conservasen en el estado en el que se detectaron. Sin perjuicio de lo anterior, y dejando de lado la validez de la

(16) Recurso núm. 774/2004, Aranzadi RJ 2005\4190, Ponente: Joaquín Delgado García.

recogida del vestigio, el Tribunal añade que a su vez faltó la resolución judicial que ordenará la práctica pericial de la prueba. Aunque hubiesen existido razones de urgencia que justificasen la actuación policial, «nos encontraríamos ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial alguna que ordenara o autorizase la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica. Y ello era necesario».

Por otro lado, el procedimiento utilizado por la Ertzaintza a la hora de recoger el vestigio afectó a la veracidad de la prueba, dado que se quebrantaron las normas procesales dirigidas a garantizar su autenticidad. No sólo faltó la resolución judicial que habilitase la toma de la muestra, sino que, además, la policía ni siquiera dejó constancia de la recogida en el atestado.

En la Sentencia 1311/2005, de 14 de octubre (17), sin embargo, la discusión no se centró en la interpretación de los artículos 326 y 363 LECr. Es decir, no se examinó si resultaba preceptiva la autorización judicial para poder llevar a cabo la diligencia por parte de la policía. La resolución judicial simplemente constató que el tratamiento automatizado de los datos personales no había originado vulneración alguna del derecho a la intimidad del recurrente porque la muestra se tomó del suelo a raíz de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica del detenido, sin intervención de métodos o prácticas incisivas. «En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada.»

Resulta sorprendente que la Sala Segunda del Tribunal Supremo en un margen tan breve de tiempo dé semejante giro jurisprudencial, resuelva el caso de manera totalmente opuesta a la anterior y ni siquiera justifique el cambio de interpretación. A diferencia de la Sentencia de 19 de abril, que de modo garantista establece los criterios a utilizar a la hora de recoger la muestra, la Sentencia de 14 de octubre se limita a decir que no entra en juego la doctrina consolidada de la intervención judicial, pero, sin embargo, no explica de forma suficiente los motivos que habilitan a la policía a actuar al margen de la autoridad judicial.

Ante la disparidad de opiniones, a fin de clarificar el asunto y unificar el criterio de cara a los asuntos que en el futuro pudieran suscitarse, la Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en pleno adoptó dos acuerdos extrajuris-

(17) Recurso núm. 739/2005, Aranzadi RJ 2005/8072, Ponente: José Antonio Martín Pallín.

dicionales con fecha de 13 de julio de 2005 y 31 de enero de 2006. El primero de ellos establece que el artículo 778.3 constituye habilitación legal suficiente para ordenar mediante resolución judicial la práctica de 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. En el segundo se acuerda que la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

A raíz de estos acuerdos, la línea establecida por la Sentencia 1311/2005, de 14 de octubre, del Tribunal Supremo, se ha visto consolidada en los casos resueltos posteriormente por este órgano. Entre otras, las Sentencias 355/2006, de 20 de marzo (18); 949/2006, de 4 de octubre (19); 1267/2006, de 20 de diciembre (20); 1062/2007, de 27 de noviembre (21), y 491/2013, de 31 de mayo (22).

Aunque podría discutirse ampliamente sobre el valor jurídico que pueden tener los acuerdos extrajurisdiccionales del Tribunal Supremo, esta cuestión queda fuera de nuestro estudio (23).

IV. LA STC 199/2013, DE 5 DE DICIEMBRE

Contra la segunda resolución mencionada del Tribunal Supremo, la STS 1311/2005 de 14 de octubre, se interpuso recurso de amparo, que dio lugar a la STC 199/2013, de 5 de diciembre, que es objeto de este estudio.

Era la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre la utilización del ADN como medio de investigación y prueba en el proceso penal, de ahí su relevancia. Es por ello que mediante providencia se acordó recabar para el Pleno el conocimiento del asunto, como consecuencia probablemente de su importancia objetiva y de la inexistencia de pronunciamiento previo (24). Cuestión evidentemente distinta es si se ha logrado responder al

(18) Recurso núm. 1352/2005, Aranzadi RJ 2006/1671.

(19) Recurso núm. 10203/2006, Aranzadi RJ 2006/6533.

(20) Recurso núm. 1352/2006, Aranzadi RJ 2007/390.

(21) Recurso núm. 1128/2007, Aranzadi RJ 2007/9354.

(22) Recurso núm. 11901/2012, Aranzadi RJ 2013/3995.

(23) *Vid.* CORTÉS BECHIARELLI, E., «Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)», *Revista Penal*, núm. 18, 2006, págs. 46-48.

(24) La LOTC establece en su artículo 10.1 los asuntos que conocerá el Pleno del Tribunal Constitucional: «n) De cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le

reto planteado. De hecho, son tres los miembros que disienten de la opinión mayoritaria, redactando dos votos particulares (25).

Son cinco los motivos que invoca el recurrente en amparo:

1. Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) al haberse producido una desigualdad en la aplicación de la ley, motivada por el hecho de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en un caso análogo referente a su persona llegase a otra conclusión.

2. Lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no existir prueba de cargo suficiente practicada con las debidas garantías.

3. Vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) porque el análisis de su perfil genético se había realizado por la policía sin autorización judicial.

4. Infracción del derecho fundamental a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), por cuanto la Ertzaintza incluyó sus datos personales en una base de datos informatizada que carecía de control administrativo o de otro orden.

5. Lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal (arts. 24.1 y 25.1 CE) al habersele impuesto una pena superior a la legalmente establecida. Como esta cuestión no guarda relación directa con nuestro objeto de estudio, quedará fuera de nuestro análisis.

Veamos a continuación una a una las respuestas que da el máximo intérprete de la Constitución a dichas alegaciones.

puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica». Sobre las razones que pueden motivar la avocación por el Pleno del conocimiento de un recurso de amparo, la importancia objetiva del asunto planteado o la existencia de discrepancias surgidas en la Sala a la hora de decidir sobre la concesión del amparo, *vid.* SANTOLAYA MACHETTI, P., «Art. 10», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, TC-BOE, 2001, págs. 250-251. Una tercera razón puede añadirse: la voluntad de precisar o corregir la doctrina eventualmente discrepante aplicada por las Salas.

(25) El voto particular de la Vicepresidenta Adela Asua Batarríta, al que se adhiere el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, considera que la policía no puede legítimamente realizar análisis de ADN sobre muestras o restos biológicos de un detenido tomadas sin su conocimiento, sin contar con la previa autorización judicial y consecutivo control, exigencia derivada del respeto a los derechos fundamentales a la intimidad y a la tutela judicial. Por ello, se muestra a favor de otorgar el amparo. El segundo voto particular corresponde al magistrado Andrés Ollero Tassara, partidario de otorgar el amparo porque se había usado una base de datos sobre muestras de ADN que en ese momento no tenía cobertura legal. En consecuencia, en opinión del magistrado, se había vulnerado el derecho de autodeterminación informativa del recurrente.

1. *Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE)*

El Tribunal desestima este motivo argumentando que el primer requisito que ha de cumplirse para comparar el trato dispensado por dos resoluciones judiciales es que se refieran a distintos sujetos. En el presente caso el recurrente en ambas resoluciones era el mismo. Sin embargo, matiza que el hecho de no existir alteridad no rebaja la exigencia del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, porque el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la dictada con anterioridad para un supuesto idéntico en los datos relevantes jurídicamente debe expresar las razones que suscitan dicho cambio de orientación (SSTC 61/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 6, y 38/2011, de 28 de marzo, FJ 7). Sin embargo, aplicada dicha doctrina constitucional a este caso, entiende que la STS 1311/2005, impugnada en amparo, se separó claramente del criterio de la STS 501/2005, en cuanto que en su FJ 1, apartado 2, argumentó que no era precisa la autorización judicial porque «no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal». Entiende el Tribunal que la sentencia impugnada, posterior en el tiempo, sí expresa las razones para tal cambio de orientación, al fundar su decisión en el carácter voluntario del abandono del sustrato biológico. Por ello, descarta que se esté ante una decisión arbitraria y, por ende, que haya sido vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

El voto particular suscrito por la magistrada Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el magistrado Luis Ortega Álvarez, discrepa de la mayoría y resalta la insuficiencia de la motivación de la STS 1311/2005, en claro contraste con «la cuidada argumentación en la que la STS 501/2005 sustenta la exigencia de autorización judicial tanto para la recogida de muestras biológicas como para disponer el análisis del perfil de las mismas». Personalmente estoy de acuerdo con el criterio del voto particular, pues resulta paradójico que, ante dos sentencias contrapuestas, una de ellas garantista en cuanto a limitación de derechos fundamentales se refiere, y otra que sorprendentemente elimina la reserva judicial establecida en el entonces vigente artículo 363 LECr y que elude realizar el necesario juicio de proporcionalidad, la mayoría del Pleno no sólo se posiciona a favor del criterio de fondo de la STS 1311/2005, sino que también considere que el cambio de criterio jurisprudencial estaba suficientemente motivado.

Cabe subrayar que la segunda sentencia ni siquiera menciona a la primera para justificar su cambio de criterio.

La STS 501/2005, partiendo de las carencias de la regulación sobre el uso de ADN en el momento en el que se produjeron los hechos, resolvió que las garantías establecidas por la Constitución y las leyes procesales habían quedado incumplidas a la hora de obtener la prueba y aportarla al proceso. Apoyándose en los artículos 326, 334, 332 y 336 LECr y 281 y 473 LOPJ y reproduciendo la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Supremo (STS 510/1997, de 14 de abril, FJ 2) como del propio Tribunal Constitucional (STC 303/1993, FJ 4), concluyó —a mi juicio acertadamente— que la intervención de la autoridad judicial competente es obligada en estos casos, no pudiendo ser sustituida por la actuación policial, salvo que existan razones de urgencia, razones que en aquel caso no concurrían (esta cuestión la trataremos más adelante). En esta primera sentencia el Tribunal Supremo no se limitó únicamente a esa declaración, también estableció una serie de requisitos a cumplir a la hora de recoger la muestra indubitada: en el acto procesal deben quedar precisados el objeto recogido, el lugar donde se encontraba y demás circunstancias necesarias para acreditar la pertenencia a la persona a la que se atribuye, dato esencial para que la muestra pueda ser considerada con las debidas garantías como una verdadera muestra indubitada.

Atendiendo a las razones expuestas en ambas resoluciones impugnadas, parece más que evidente que la primera de ellas contiene un nivel de motivación jurídica que la segunda ni de lejos alcanza. A ello hay que añadirle lo cuestionable que resulta uno de los argumentos de la STS 1311/2005, pues afirmar que «la toma de muestras para el control se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible» (FJ 2) resulta irreal (26). Es obviar el hecho de que, queramos nosotros o no, en el día a día abandonamos inevitablemente decenas de muestras de ADN, que de esta forma escapan a nuestro control. Además, teniendo en cuenta que en los supuestos de terrorismo la duración de la detención puede prolongarse hasta los cinco días, es evidente que, antes o después, se obtendrán restos biológicos del detenido sin necesidad de intervención corporal alguna. Un pelo, un vaso de agua o simplemente uno de los cubiertos que hubiesen sido utilizados para comer serían aptos para realizar el análisis.

(26) Es de la misma opinión ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)», *op. cit.*, pág. 121: «No creemos que se trate, en contra de lo que opina la Sala en la segunda sentencia, de 14 de octubre de 2005, de muestras obtenidas por “puro azar”, de forma “totalmente imprevisible” o “inesperada”. Más bien se trata de esperar pacientemente a que el sospechoso, detenido o no, expulse o exteriorice muestras o se provoque dicha exteriorización (ofreciendo un cigarrillo o comida o bebida).»

2. *Lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)*

El demandante argumenta que ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia al haberse basado la condena sustancialmente en el análisis de ADN. Entiende que dicha prueba fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales al no haberse autorizado judicialmente ni la recogida de la saliva, ni el posterior análisis comparativo de su ADN. De modo que, con arreglo al artículo 11.1 LOPJ, la prueba principal sería nula. El Tribunal Constitucional, partiendo de la sistemática de la demanda de amparo, analiza por separado las deficiencias achacadas al modo en el que se obtuvo la saliva y los reproches dirigidos a la realización del análisis biológico y la posterior comparativa.

En relación a la toma de la muestra, la queja se divide en dos motivos: la necesidad de la resolución judicial que habilite la actuación policial y la vulneración del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo y a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación.

Asombrosamente el Tribunal Constitucional elude entrar a debatir el primer motivo, si es necesaria o no la resolución judicial que autorice la recogida de saliva. A pesar de ser éste el tema central de las resoluciones impugnadas, el Tribunal se escuda en que el demandante se ha limitado a señalar los preceptos de la LECr que regulan las obligaciones del juez de instrucción y en que la demanda carece de razonamiento alguno acerca de los motivos por los cuales era constitucionalmente exigible que el juez autorizase la toma de la muestra. El Tribunal afirma que el demandante en este motivo no ha aludido al derecho fundamental que habría resultado vulnerado por la omisión de la resolución judicial. Sin embargo, como señala la magistrada Adela Asua Batarrita en su voto particular, «del conjunto de la demanda se infiere con claridad que el recurrente aduce vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y la vulneración del derecho de defensa...». Por lo tanto, alegando de forma insuficiente cuestiones que le impiden entrar a conocer el fondo, el Tribunal ha perdido una extraordinaria oportunidad para pronunciarse respecto a un tema de enorme relevancia y actualidad como es éste.

El Tribunal desestima el segundo motivo, la vulneración del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo y del derecho a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación, con el argumento de que no se advierte qué declaración inculpatoria ha efectuado el demandante de amparo. Considera que no se aprecia que la acción de escupir estuviese motivada por el empleo de vis física o moral, ya que el demandante no se vio forzado a escupir, ni se advierte engaño. El Tribunal apela a su consolidada doctrina establecida en

la STC 161/1997, FJ 6, relativa a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la prueba de alcoholemia, al demandante de amparo no se le solicitó que colaborase en la diligencia. Hay que resaltar el hecho de que en la misma operación policial en la que fue detenido el demandante, fueron detenidas varias personas más. A cuatro de ellas se les preguntó si consentían que se les tomara una prueba biológica. Tres se opusieron y una accedió, pero respecto del demandante de amparo nada consta en las actuaciones (27). Quizá tal y como sugiere la STS 501/2005 (FJ 5), esta circunstancia obedece a que ya había sido tomada la muestra de manera subrepticia y, por ende, no necesitaban pedirle que colaborase, porque ya lo habían conseguido sin él saberlo, vulnerando así su derecho a no colaborar (28).

Por lo que respecta al análisis de la muestra, el demandante alega que no se puede asegurar que la muestra de saliva recogida sea la misma que sirvió para realizar el análisis comparativo posterior, pues no existe constancia de que fuese conservada la cadena de custodia. El Tribunal Constitucional entiende que esta cuestión no puede ser objeto de pronunciamiento por su parte, porque los límites de su control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria. La Sentencia de la Audiencia Nacional que condenó al recurrente, gracias a la declaración que efectuó en el juicio oral el policía que recogió la muestra, llegó a la conclusión de que no había duda respecto al carácter indubitado de la muestra. En cambio, la STS 501/2005, en la que se trata una actuación policial análoga, pero respecto a hechos distintos, refleja un entendimiento bien distinto. En esta resolución se alude al hecho de que la muestra biológica fue recogida sin garantías, y se añade que «ni siquiera consta en las actuaciones diligencias o informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial de la muestra biológica luego utilizada como indubitada para compararla con la obtenida del examen de los restos sacados de la tan repetida manga del jersey».

(27) Así consta en el fundamento jurídico 5 de la STS 501/2005, de 19 de abril.

(28) Comparto la opinión de los autores que asimilan el sometimiento a la prueba de ADN con la exteriorización de una declaración autoinculpatória. Entre otros, DEL POZO PÉREZ, M., «Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal», *op. cit.*, págs. 22-24 («Consentir el examen de ADN equivale en la práctica en lo referente a sus efectos a una declaración. Tiene la misma consecuencia confesar un delito que consentir que a través de la prueba de ADN pueda acreditarse que se ha cometido»), y VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, págs. 152-153.

3. *Vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)*

El demandante alega que la policía ordenó el análisis de su perfil genético sin autorización judicial y sin haber sido realizado el juicio de proporcionalidad que excepcionalmente permite limitar el derecho fundamental a la intimidad personal (29).

El FJ 6 de la STC 199/2013 repasa la doctrina jurisprudencial relativa al derecho a la intimidad personal, y recuerda dos casos similares, aunque no sobre ADN, en los que se ha pronunciado al respecto (SSTC 207/1996 y 196/2004). Esos casos se refieren a intervenciones corporales en las que, respectivamente, quería conocerse si el acusado consumía drogas o si ingería habitualmente alcohol y cuál era su grado de impregnación alcohólica. De esta manera concluye que las intervenciones o reconocimientos corporales pueden conllevar una intromisión en el ámbito protegido de la intimidad personal en razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretende averiguar.

Dado que hasta entonces el Tribunal Constitucional no había tenido oportunidad de pronunciarse al respecto de la prueba de ADN, en virtud del mandato constitucional establecido en el artículo 10.2 CE acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular a las Sentencias de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper contra Reino Unido*, y de 7 de diciembre de 2006, en el asunto *Van der Velden contra Países Bajos*. De dichas Sentencias se desprende que el peligro potencial de revelación o acceso a datos que inciden en la intimidad personal constituye en sí mismo una injerencia en el derecho a la vida privada. Es por ello que haciendo suya dicha interpretación el Tribunal concluye que en el presente caso el análisis de la muestra biológica supone ya una injerencia en el «derecho a la privacidad» (*sic*) por los riesgos potenciales que de tales análisis pudieran derivarse (30). Por lo tanto, por su mera puesta en

(29) MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993; LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez», en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (dir.), *Perfiles del Derecho constitucional en la vida privada y familiar*, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 275-307; MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «El derecho a la intimidad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 497-533; ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *La protección de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Pamplona-Iruña, UPNA, 2007, págs. 237-239; SUÁREZ ESPINO, M. L., *El derecho a la intimidad genética*, Madrid, Marcial Pons, 2008; DíEZ-PICAZO, L. M., *Sistemas de Derechos Fundamentales*, 4.ª ed., Thomson-Civitas, 2013, págs. 280-290..

(30) La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, aprobada en el seno de la UNESCO pone de relieve el potencial revelador de los datos gené-

riesgo se produjo una injerencia en el derecho a la intimidad del demandante de amparo. Cuestión distinta es si dicha injerencia se produjo o no de acuerdo con la Constitución.

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (31), aunque el artículo 18.1 CE no prevea expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad (a diferencia de lo que ocurre en los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE), su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constate la existencia de un interés constitucionalmente prevalente frente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información. Su constante jurisprudencia declara que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: primero, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; segundo, que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); tercero, que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que, además, sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que resulte ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más

tics: «pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas» [art. 4.a)].

SÁNCHEZ URRUTIA, A. V.; SILVEIRA GORSKY, H. C., y MICHEL, M., *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Epílogo de Stefano Rodotà, Icaria, 2003, págs. 89-92, señalan a este respecto lo siguiente: «La característica fundamental de la información derivada del ADN es su excepcional sensibilidad. Por más pequeño que sea el rastro biológico —saliva, trozo de pelo, semen— éste sirve para la identificación de una huella genética, la cual puede distinguir a un individuo de todos los demás. Esta información genética puede, además, descifrar el parentesco biológico y determinar si alguien padecerá o tendrá la posibilidad de padecer una enfermedad. De hecho, la información genética tiene una potencialidad desconocida que se pone de manifiesto en la revelación de información ilimitada sobre el individuo, en la aportación de datos respecto a los cuales el individuo aún no es consciente de que existen, y en que es una información que aún está por descubrir la forma de descifrarla. En este sentido, los exámenes genéticos presentan muchas ventajas pero también muchos riesgos.»

(31) Por todas, STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.

beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (32).

Por lo tanto, habiendo establecido el marco que habilita la injerencia sobre el derecho fundamental, procede ahora que examinemos cada uno de los requisitos mencionados.

a) *Fin constitucionalmente legítimo*

No cabe duda de que la investigación del delito es un fin constitucionalmente legítimo, dado que a través de la persecución de hechos criminales se defiende la seguridad ciudadana. Tanto el Tribunal Constitucional (33), de modo genérico, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (34) en relación con las pruebas de ADN, han considerado legítima la injerencia.

b) *Principio de legalidad (35)*

Tal y como se ha mencionado al inicio, fue la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la que introdujo en la LECr la primera referencia al ADN: por lo tanto,

(32) *Vid.*, por todas, SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4. Al respecto puede consultarse FÁBREGA RUIZ, C. F., «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal...», *op. cit.*, págs. 1-6; HAMMERSCHMIDT-CURITIBA, D., *Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil: actualizada por la Ley 12.654/2012*, Editorial Juruá, 2012, págs. 121-128; GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Thomson-Aranzadi, 2003, págs. 52-94.

(33) SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6, relativo a un análisis sanguíneo y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 7, análisis de sangre para determinar el grado de impregnación alcohólica.

(34) STEDH de 4 de diciembre de 2008, *S y Marper contra el Reino Unido*, § 100.

(35) STC 49/1999, de 4 de abril, FJ 4: «En efecto, ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades

en el momento en el que se produjeron los hechos por los que posteriormente se condenó al demandante no existía previsión específica sobre la realización de análisis de ADN (36), salvo lo dispuesto en el único párrafo del artículo 363 LECr, que podía aplicarse de manera análoga:

Los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en los que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

A mi juicio, de la lectura del precepto se desprende claramente que la autorización judicial es preceptiva a la hora de ordenar análisis químicos. No obstante, el Tribunal Constitucional llega en la STC 199/2013 a dos conclusiones bien distintas. Por un lado, afirma que «no cabe ver en este precepto una reserva, que la CE no exige, en favor del juez de instrucción para acordar la práctica de todo análisis químico, en el que *lato sensu* cabría incluir el análisis de ADN». Lo más asombroso de todo es la argumentación que utiliza para eludir la reserva, porque, además, de dar a entender erróneamente que el legislador a la hora de desarrollar los derechos fundamentales no puede establecer mayores garantías que las previstas en la Constitución española, interpreta que en la época en la que se redactó la LECr, esto es, en 1882, *la carestía, complejidad y lentitud de los análisis químicos* llevó al legislador a establecer la prevención que contempla dicho precepto. Por otro lado, entendiendo que la prueba de ADN ya goza de cobertura legal gracias a los artículos 282 LECr y 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, opta por no aplicar el artículo 363 LECr. Sin embargo, esto es lo que establece el artículo 282 LECr:

La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instru-

públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10).»

(36) En el mismo sentido, QUERALT, J., «Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, págs. 135-157; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales», *La Ley*, 1999, D-271, págs. 1717-1729, y DUART ALBIOL, J. J., «La deficiente regulación de las investigaciones en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, págs. 7-10.

mentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

Por su parte, el artículo 11.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, tiene el siguiente tenor literal:

1. 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:

- a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.
- b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.
- c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran.
- d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.
- e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana.
- f) Prevenir la comisión de actos delictivos.
- 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.
- h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.
- i) Colaborar con los servicios de protección civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil.

De la lectura de los preceptos invocados difícilmente puede extraerse la conclusión de que la prueba de ADN goza de cobertura legal gracias a estas normas. Tal y como manifiesta en su voto particular la Vicepresidenta Adela Asua Batarrita, son disposiciones generales que describen las funciones policiales en términos muy genéricos. Los preceptos invocados nada dicen sobre los límites existentes a la hora de restringir los derechos fundamentales de los sujetos objeto de investigación. Es por ello que concluye la magistrada que «[l]a Sentencia de la mayoría confunde la perspectiva cuando apela a meras normas organizativas que atribuyen funciones a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, para legitimar la ausencia de la autorización judicial».

Llegados a este punto, merece la pena transcribir un extracto de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, que reiteradamente ha sido invocada por la resolución que estamos analizando:

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el artículo 8 del CEDH, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (Sentencias del TEDH «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la CEDH núms. 8239/1978 y 8278/1978). Pues bien, el ap. 2.º del mencionado artículo 8 expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...».

En dicha Sentencia el Tribunal entiende que la intervención corporal (rasurado de cabello) que se ordenó realizar de manera coactiva no encontraba acomodo legal en la LECr, dado que no existía habilitación específica.

Por todo ello, a falta de previsión legal específica, en el caso enjuiciado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo debía haberse aplicado de manera analógica el artículo 363 LECr, el cual supedita la realización de análisis químicos a autorización judicial.

c) *Necesidad de autorización judicial* (37)

La Sentencia afirma en el FJ 10 que «en el presente caso concurren circunstancias excepcionales que permiten concluir que aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho del demandante a la intimidad personal». Las razones que invoca para llegar a dicha conclusión son las siguientes:

— La escasa (cuando no nula) incidencia material en la intimidad personal del demandante, que habría consistido en el riesgo de que el análisis de ADN fuese más allá de la mera identificación.

(37) ORTELLS RAMOS, M., «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional», *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, CGPJ, 1996, págs. 13-66.

— Al ceñirse a las regiones de ADN no codificante, la actuación pericial se ajustó a los estándares nacionales e internacionales establecidos por la normativa nacional e internacional.

— Para evitar la degradación de la muestra se requería su rápida recogida y su urgente remisión a los laboratorios.

— El conjunto normativo entonces vigente no preveía expresamente intervención judicial.

— La merma del control judicial se vio desvanecida por la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo tan pronto como estuvo disponible.

No comparto los argumentos del Tribunal. Como reconoce la propia resolución, a pesar de realizarse el análisis sobre las regiones no codificantes de ADN, no estamos ante una prueba inocua, sino ante una diligencia lo suficientemente invasiva como para considerarla una intromisión en la vida privada en los términos del artículo 8 CEDH (38). En cuanto a la urgencia en la recogida de la muestra, en mi opinión esta circunstancia era inexistente. El esputo se encontraba en la celda de la comisaría de la Ertzaintza, es decir, bajo custodia en dependencias policiales. Lo único que debía hacer el policía que se percató de su existencia era precintar el acceso a la celda. De esta manera se evitaban posibles contaminaciones y, por ende, la degradación de la muestra hasta que la autoridad judicial se personase en el lugar o autorizase su recogida (39). Tampoco resulta convincente el argumento de que la merma del control judicial se vio desvanecida por la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo tan pronto como estuvo disponible. Ese sistema de control *a posteriori* no garantiza que se comuniquen efectivamente todas las pruebas analíticas realizadas: existe el riesgo de que tan sólo se comuniquen a la autoridad judicial los resultados positivos de los análisis comparativos realizados. En ningún momento se realizó el juicio de proporcionalidad exigible para restringir el derecho. Finalmente, discrepo respecto a que el conjunto normativo entonces vigente no previese expresamente intervención judicial. El artículo 363 LECr establece claramente que sean los juzgados y tribunales quienes ordenen la práctica de los análisis químicos únicamente cuando resulten indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Estando esa norma vigente en el momento en el que se produjeron los hechos, no se comprenden

(38) Sentencias de 4 de diciembre de 2008, *S. y Marper contra Reino Unido* (§ 68-77), y de 7 de diciembre de 2006, *Van der Velden contra Países Bajos* (§ 2).

(39) ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación...*, *op. cit.*, pág. 297: «El peligro por la demora carece de justificación en los análisis de ADN al ser invariable la información genética del individuo.»

los motivos que llevan al Tribunal Constitucional a vaciarla de contenido para, posteriormente, no aplicarla.

La jurisprudencia constitucional es clara en cuanto a la necesidad de la autorización judicial para restringir los derechos fundamentales. Así la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 8, establece que «[...] tratándose de una intervención que afecta al derecho a la intimidad, la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

Del mismo modo entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia 510/1997, de 14 de abril, FJ 2 que «[...] hay una serie de normas en la LECr que ordenan que sea el Juez de Instrucción o el que haga sus veces quien recoja los vestigios o pruebas materiales del delito [...] todo ello con el fin de acreditar la existencia del delito y de sus circunstancias, con validez primero como medio de investigación en la instrucción e incluso después como medio de prueba preconstituida para el juicio oral si aparece practicada con todas las garantías legalmente exigidas y se trata de extremos que no pueden tener reproducción en el juicio oral. Tal validez como prueba preconstituida sólo la puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia, es decir, cuando se ve obligada a intervenir de modo perentorio por existir peligro de pérdida o sustracción u otra razón que no permita acudir al Juez para que éste actúe.»

d) *Principio de proporcionalidad* (40)

A pesar de que la medida adoptada fuese idónea, es decir, susceptible de conseguir el objetivo propuesto, se pueden albergar dudas acerca de su necesidad, pues, estando el sujeto detenido, en ningún momento se le pidió que colaborase con la administración de justicia, y el hecho de haber sido obtenida la muestra sin su consentimiento y sin su conocimiento le impidió participar en la diligencia.

(40) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990; GOIG MARTÍNEZ, J. M.; MARTÍN DE LLANO, M. I.; REVIRIEGO PICÓN, F.; SALVADOR MARTÍNEZ, M.; SERRANO MAÍLLO, M. I., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coords.), *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 297-329.

En definitiva, en el momento de los hechos, en el ordenamiento jurídico español no existía norma alguna que habilitase a la policía a recoger el vestigio sin autorización judicial, y tampoco se estaba ante un caso de urgencia. Además, la muestra fue enviada al laboratorio para su análisis sin mandato judicial. Por todo ello, se puede concluir que se vulneró el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) del demandante.

4. *Infracción del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)*

El demandante de amparo alega la infracción de la garantía prevista en el artículo 18.4 CE (41), por cuanto la Ertzaintza incluyó sus datos personales en una base de datos informatizada que carecía de control administrativo o de otro orden.

El Tribunal Constitucional llama la atención sobre el hecho de que la identificación del demandante no se produjo como consecuencia de la incorporación del perfil genético del demandante a una base de datos, sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a muestras halladas en vestigios de hechos delictivos. Tras constatar que el derecho a la protección de datos no es ilimitado y que la obtención de caracteres identificativos se produjo para una finalidad constitucionalmente legítima como es la investigación de un grave delito, resuelve que el derecho fundamental no ha sido vulnerado.

Como argumenta el magistrado Andrés Ollero Tassara en su voto particular, no es verosímil dar crédito a que el cotejo entre muestras pudiera llevarse a cabo sin recurso a base de datos alguna por el simple hecho de que en las resoluciones judiciales no se afirme. Por ello, al haber sido utilizados como prueba elementos procedentes de una base de datos que no cumplía las exigencias constitucionales del artículo 18.4 CE, considera que ya por ese motivo debió haberse estimado el recurso de amparo. Añade que «[l]a Sentencia ha perdido una estupenda oportunidad de sentar doctrina sobre la posible incidencia en la

(41) EMALDI CIRION, A., «Los perfiles de ADN y la administración de justicia», en *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 337-351; GUERRERO MORENO, A. A., «La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN», *Criterio Jurídico*, vol. 8, núm 2, 2008, págs. 223-244; SUÁREZ ESPINO, M. L., *El derecho a la intimidad genética*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 70-86; GUTIÉRREZ ZARZA, A., «La protección de datos personales como derecho fundamental del imputado, ¿también en el ámbito del proceso penal?», *La Ley Penal*, núm. 71, 2010, págs. 1-10; ROMEO CASABONA, C. M., y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2010, págs. 175-215.

protección derivada del artículo 18.4 del almacenamiento de datos personales de titular no identificado, pero recogidos precisamente para hacer posible su identificación, sin la exigible cobertura legal».

La regulación de la base de datos de ADN de la Ertzaintza se estableció con posterioridad a los hechos aquí enjuiciados, mediante la Orden de 2 de septiembre de 2003 del Consejero de Interior del Gobierno Vasco (42). Sin embargo, y dejando al margen la insuficiencia de la cobertura legal de esta norma administrativa, el número de casos en los que se han utilizado muestras obtenidas de forma subrepticia evidencian, que muy probablemente ya antes de esta Orden la Ertzaintza venía incorporando los vestigios encontrados en el lugar del delito a algún archivo informatizado en el que las muestras se conservaban de manera ordenada a la espera de compararse posteriormente con las muestras obtenidas de forma indubitada (43).

V. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STC 199/2013, DE 5 DE DICIEMBRE

La doctrina establecida en la STC 199/2013 ha sido aplicada posteriormente por el Tribunal Constitucional en otros seis casos. Las SSTC 13/2014, 14/2014, 15/2014 y 16/2014 fueron adoptadas el 30 de enero de 2014. Todas ellas se refieren a los mismos hechos delictivos, aunque corresponden a diferentes sujetos participantes en tales hechos. En las SSTC 13/2014, 15/2014 y 16/2014 las muestras corporales fueron tomadas subrepticamente, cuando los recurrentes se encontraban detenidos, a través de diversas colillas. En cambio, en la STC 14/2004 la muestra que se utilizó para el cotejo no se aprehendió mientras el recurrente estaba en dependencias policiales, sino que fue fruto de dos semanas de seguimiento de la Ertzaintza al objeto de tomar algún tipo de vestigio corporal: finalmente, la prueba se realizó a partir de un vaso utilizado en un bar y recogido posteriormente por la policía vasca. Esta circunstancia pone en

(42) La sexta y última modificación de dicha Orden es la Orden de 5 de marzo de 2013 (BOE, núm. 56, de 20 de marzo de 2013), cuyo preámbulo menciona todas las anteriores.

(43) En un artículo de prensa del diario «Público», en su edición de 31 de enero de 2011, se señalaba lo siguiente, nombrando a fuentes de la lucha antiterrorista: «Desde los años noventa, la policía autonómica ha ido cebando una base de datos con cientos de huellas y restos de ADN recogidos en el lugar de atentados y ataques de kale borroka. Al tiempo, recogía muestras biológicas que los sospechosos dejaban en colillas de cigarros, vasos en los bares o incluso en el sudor de unas chanquetas. En ocasiones, el cruce entre unas muestras y otras ofrecían un resultado indubitado que precedía a las detenciones.» <http://www.publico.es/espana/358942/la-ertzaintza-usa-el-adn-para-desactivar-a-la-kale-borroka>.

evidencia, tal y como apunta la magistrada Adela Asua Batarrita en su voto particular, que no había razones de premura o urgencia que impidiesen que la toma de la muestra contara con la garantía de la autorización judicial. Asimismo, es conveniente recordar que hasta que se realizó el cotejo de las muestras de ADN nada unía a los recurrentes con los hechos delictivos acaecidos dos años atrás, lo cual demuestra el carácter prospectivo de las pruebas biológicas.

Un supuesto similar subyace a la STC 23/2014, de 13 de febrero. Con el fin de conseguir una muestra corporal los demandantes fueron objeto de seguimiento por parte de la Ertzaintza: los agentes consiguieron muestras de ADN a través de colillas arrojadas a la vía pública. Tras realizar el cotejo de las muestras, se pudo relacionar los hechos ocurridos un año atrás con los demandantes de amparo, a pesar de que nada les vinculaba hasta entonces. Como es evidente, una vez más, la identificación no se produjo sobre la base de la sospecha de que hubiesen cometido un delito concreto, tal y como exige la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que se realizó de manera prospectiva con el fin de conocer los delitos que hubieran podido cometer o cometieran en el futuro. Por otra parte, la magistrada Adela Asua Batarrita en su voto particular apoya su discrepancia en un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional austríaco, que en la Sentencia de 12 de marzo de 2013 (G76/12-7) examinó la constitucionalidad de la norma legal interna que autorizaba a la policía a tomar muestras de ADN con el fin de identificar a los sospechosos de delitos. Por su claridad merece reproducir un breve extracto de dicho voto particular: «Asimismo el Tribunal austríaco señala que la especial sensibilidad de un perfil de ADN, cuya futura utilidad no es hoy por hoy previsible (citando la STEDH S. y Marper, § 71), así como la posibilidad de una utilización para fines distintos a los que justificaron su obtención, exigen que la norma legal de habilitación establezca con nitidez el tipo de delitos que en razón de su gravedad o de su naturaleza justifiquen tal injerencia en la intimidad (apartados 27 a 30) y el almacenamiento de los datos de ADN (apartado 40). Como es constatable, el nivel de protección que otorga nuestra jurisprudencia en las resoluciones de las que discrepo es considerablemente inferior al que garantiza la citada Sentencia del Tribunal Constitucional austríaco, dictada en aplicación de un precepto del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al que este Tribunal también tendría que haber atendido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 CE» (44).

(44) Sobre la Sentencia austríaca puede verse un breve comentario informativo por METZLER, M., «DNA Analysis for Identification Purposes: Legal Basis unconstitutional», *International Constitutional Law Journal*, vol. 7, núm. 4, 2013, págs. 552-555.

Finalmente, la STC 43/2014, de 27 de marzo, ha aplicado la doctrina del Tribunal Constitucional en idénticos términos a las anteriores resoluciones. En aquel caso la muestra se obtuvo a partir de un esputo arrojado a la vía pública.

VI. VALORACIÓN FINAL

Tras haber analizado detenidamente la STC 199/2013 se puede afirmar que se menoscabaron tres derechos fundamentales. La realización de los análisis de las muestras de saliva por parte de la policía sin contar con habilitación legal ni con resolución judicial supuso una lesión del artículo 18.1 CE, en relación con el derecho fundamental a la intimidad personal. Asimismo, el hecho de haber utilizado como único elemento probatorio el análisis de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, acarreo la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 CE. Igualmente se produjo la infracción de la garantía prevista en el artículo 18.4 CE, por cuanto todo parece indicar que la Ertzaintza incluyó sus datos personales en algún soporte informatizado que carecía de control administrativo o de otro orden.

Más allá del caso concreto, es de lamentar que el Tribunal Constitucional haya dejado pasar la oportunidad de poner de manifiesto las carencias que presenta la regulación sobre el uso de ADN en el procedimiento penal. Habiéndose constatado en la propia STC 199/2013 la injerencia que supone dicha diligencia en el derecho a la intimidad, correspondía al Tribunal apremiar al legislador para que fijara las garantías tendentes a preservar el núcleo protegido de aquel derecho.

En mi opinión urge aprobar una reforma legislativa en la que de una vez por todas se dé solución legal a las carencias de las que adolece la regulación de la intervención corporal y el uso de la prueba de ADN en el Derecho Penal. Una reforma que acabe con los vacíos legislativos y que de forma expresa aborde la toma subrepticia de muestras de ADN. De esta manera, se evitarían posibles problemas prácticos por alegaciones ante los tribunales de falta de cobertura legal en la práctica de la prueba y de lesión de derechos fundamentales.

En los últimos años ha habido algunos intentos legislativos de reforma de la obsoleta LECr y dichas iniciativas han abordado sin éxito la utilización forense de la prueba de ADN. Durante el gobierno del PSOE, siendo Ministro de Justicia Francisco Caamaño Rodríguez, se presentó en 2010 el anteproyecto de reforma de la LECr (45). Sin embargo, el adelanto de las elecciones generales

(45) El anteproyecto fue redactado por el siguiente grupo de expertos: Juan José López Ortega, Vicente Guzmán Fluja, Pedro Crespo Barquero, Ignacio Sánchez Yllera, Ignacio Rodríguez

provocó la disolución de las Cortes y lamentablemente el documento no pudo ser debatido. Aunque el borrador dejaba algunos asuntos sin precisar suficientemente, como, por ejemplo, la gravedad del elenco de delitos en los que podría utilizarse la prueba, daba respuesta a algunas de las lagunas de las que ahora adolece la regulación, como la obligatoriedad de someterse a la intervención corporal, la habilitación legal para el uso de la fuerza en caso de negativa a colaborar, y por ello, la prohibición expresa de la toma subrepticia (46), lo cual suponía un avance indiscutible. Sin embargo, el más reciente proyecto de reforma de la LECr de 2013 (47), bautizado como Código Procesal Penal e impulsado por el entonces Ministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón, deja de lado el documento propuesto por el anterior ejecutivo y lejos de abordar estos aspectos, viene a consolidar las lagunas a las que antes hemos hecho referencia. Con la cautela necesaria pues en el momento de redactar estas líneas desconocemos si el nuevo Ministro de Justicia lo mantendrá o lo modificará, podemos constatar con preocupación que en el citado proyecto de reforma no se regulaban las cuestiones relativas a la práctica forense de ADN.

De momento, un remedio al problema de fondo abordado en este comentario puede venir de la mano del reciente Acuerdo no jurisdiccional en materia de toma de prueba de ADN en sede policial adoptado el 24 de septiembre de 2014 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reunida en Sala General para unificación de doctrina. De la lectura del Acuerdo se desprende que en caso de que la persona a la que se le solicita la muestra de ADN esté temporalmente privada de libertad en sede policial, sólo habrá dos formas de conseguir la mues-

Fernández, Ángel Núñez Sánchez, Lorena Álvarez Taboada, Fernando Benítez Pérez-Fajardo y Amaia Arnáiz Serrano.

(46) Anteproyecto de reforma de la LECr, pág. 64: «Se 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, en los términos fijados en la resolución judicial, con lo que, en la nueva regulación el recurso a un ardid o engaño pierde toda utilidad o justificación. Se permite, sin embargo, el análisis de muestras abandonadas 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.»

(47) La propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Dicha comisión fue formada por los siguientes juristas: Manuel Marchena Gómez, Jacobo López Barja de Quiroga, Antonio del Moral García, Mediante acuerdo de Jaime Moreno Verdejo, Gabriela Bravo Sanestanislaio, Luis Rodríguez Ramos, Nicolás González-Cuéllar Serrano y Jaime Requena Juliani.

tra indubitada. En primer lugar, mediante el consentimiento del detenido, que habrá de ser manifestado ante letrado (48): es decir, que para ser válido deberá ser libre, no coaccionado y expreso (49). En segundo lugar, en caso de que el detenido se niegue a colaborar, su consentimiento podrá ser sustituido mediante resolución judicial motivada. No obstante, cuando en virtud de un procedimiento anterior esté almacenado en la base de datos de ADN el perfil del detenido, podrán confrontarse estos datos con la muestra obtenida de manera dubitada en el procedimiento abierto que se esté investigando, siempre y cuando, en aquella causa anterior el acusado no hubiese cuestionado durante la fase de instrucción la licitud y la validez de la muestra, a pesar de que ésta no se hubiese facilitado ante letrado.

En definitiva, todo parece indicar que, mediante el citado Acuerdo no jurisdiccional, el Tribunal Supremo quiere cerrar la puerta a la obtención de la muestra indubitada a través de la toma subrepticia de ADN, dado que no contempla como muestra válida para contraste las abandonadas por el propio sujeto. Puede parecer paradójico que el Tribunal Supremo eleve el nivel de garantías aplicables en la materia, poco tiempo después de que el Tribunal Constitucional las haya interpretado a la baja.

(48) Así se exigió en la Sentencia del TS 685/2010, de 7 de julio.

(49) De forma previa al consentimiento, habrá de cerciorarse de que el sujeto ha sido informado debidamente. *Vid.* DUART ALBIOL, J. J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2014, pág. 195: «Para ello es necesario que el consentimiento esté previamente precedido de una acabada información sobre la necesidad de la medida adoptada, su finalidad, el modo de llevarse a la práctica, sus riesgos, y consecuencias, positivas y negativas, incluidas las de la negativa a someterse a dicha injerencia.»

