

TESIS DOCTORAL

AÑO 2017

LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

**NOMBRE Y APELLIDOS DEL AUTOR
D. JOSÉ MARÍA GARZÓN FLORES**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN UNIÓN
EUROPEA**

**NOMBRE Y APELLIDOS DEL DIRECTOR
DR. D. JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA**

INDICE

CAPÍTULO I.- LA TÉCNICA DEL ANÁLISIS DE ADN

1.- FUNDAMENTO CIENTÍFICO DEL USO FORENSE DEL ADN.	Pág. 04
2.- BASES DE DATOS DE IDENTIFICADORES DE ADN CON FINES DE INVESTIGACIÓN PENAL	
2.1.- BANCOS DE MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO.	Pág. 16
2.2.- BASES DE DATOS DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN CON DESTINO A LA INVESTIGACIÓN PENAL.....	Pág. 16

CAPÍTULO II.- LA PRUEBA DE ADN COMO INTERVENCIÓN CORPORAL.

1.- DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN.....	Pág.47
2.- NATURALEZA JURÍDICA.....	Pág.51
2.1. Ámbito de aplicación.....	Pág.51
2.2. Presupuestos subjetivos.....	Pág. 54
3.- EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN.....	Pág.82
3.1.- Situación anterior a la Ley Orgánica 15/2003.....	Pág.82
3.2.- Ley Orgánica 15/2003.....	Pág. 93
3.3.- Ley Orgánica 10/2007.....	Pág.96
3.4.- Reformas penales año 2015.....	Pág. 99
4.- EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN	Pág.102
4.1.- Naturaleza jurídica.....	Pág.102
4.2.- Prueba preconstituida	Pág.107
4.3.- Consideración de prueba pericial	Pág.119
4.4.- Prueba indiciaria. Diligencias de investigación	Pág.120

CAPÍTULO III .- MEDIDAS DE INTERVENCIÓN CORPORAL. LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.- INVESTIGACIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS.....	Pág.122
2.- DERECHOS FUNDAMENTALES MATERIALES AFECTADOS.....	Pág.131
2.1.- Derecho a la intimidad	Pág.131
2.2.- Derecho a la libertad ambulatoria	Pág.143
2.3.- Derecho a Integridad Física y Moral	Pág.145
2.4.- Derecho a la dignidad personal	Pág.147
2.5.- Derecho a la Salud.....	Pág.150
3.- DERECHOS FUNDAMENTALES DE INCIDENCIA PROCESAL.....	Pág.152
3.1.- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.....	Pág.152
3.2.- Derecho a la presunción de inocencia.	Pág.155
3.3.- Derecho a un proceso con todas las garantías.	Pág.155

CAPÍTULO IV. - ILICITUD E INEFICACIA DE LA PRUEBA DE ADN.

1.VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	Pág.158
2.DETERMINACIÓN JURÍDICO - PROCESAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA E ILÍCITA.	Pág.165
2.1. Prueba prohibida e ilícita en el ordenamiento interno.....	Pág.166
2.2. Prueba prohibida e ilícita según el TEDH	Pág. 170
2.3. La prueba prohibida e ilícita en la jurisprudencia nacional.....	Pág. 172
2.4. La prueba prohibida e ilícita en el proyecto del “espacio judicial europeo”	Pág.174
3. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA	
3.1. Por violación de derechos fundamentales.....	Pág.176
3.2. Conexión de antijuridicidad	Pág.185
3.3. Por falta de presupuestos tanto en su ordenación como en su práctica	Pág.193
4. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA	
4.1.Control de la ilicitud de oficio o a instancia de parte.....	Pág.195
4.2.Momento procesal de denuncia	Pág.197

CAPÍTULO I.- LA TÉCNICA DEL ANÁLISIS DE ADN

1.- FUNDAMENTO CIENTÍFICO DEL USO FORENSE DEL ADN

Las técnicas de ADN se han convertido en uno de los pilares de la investigación criminalística actual. Muchas de las investigaciones que se realizan y que alcanzan el éxito en la pesquisa, giran en torno a la evidencia biológica, a ese “intercambio”¹ de muestras biológicas autor-victima, ya sea en las piezas de convicción o ejecución, o en el propio escenario del delito². Con el fin de dimensionar la relevancia de estas técnicas probatorias en el proceso, es preciso analizar los fundamentos y la base científica sobre la que se asienta este medio de prueba, con el fin de escudriñar los pronunciamientos hasta la fecha y determinar los puntos en los que la “sana crítica” de nuestros tribunales ponen el acento a la hora de efectuar su valoración³.

Comenzaremos por definir la Genética forense, aquella que se ocupa de la prueba de ADN, como aquella especialidad de la genética que incluye el conjunto de conocimientos necesarios para resolver ciertos problemas jurídicos⁴. La Genética forense remonta sus orígenes al descubrimiento del grupo sanguíneo ABO y la demostración de su herencia realizado por Kard

¹ Vid LOCARD, Edmon: “La police et les méthodes scientifiques”, Ed. Payot, París 1934 pág. 8: Toute action de l’homme, et a fortiori, l’action violente qu’est un crime, ne peut pas se dérouler sans laisser quelque marque” -. En español “Cualquier acción de un individuo, y obviamente la acción violenta que constituye un crimen, no puede ocurrir sin dejar rastros”. Principio de intercambio de Locard.

² Vid. ROMEO CASABONA: “Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad”. Bilbao-Granada, 2002. Pág. IX del prólogo.

³ Es importante en este sentido destacar la pionera STS 1701/1992 de 13 de julio. Ponente Ruiz Vadillo: (...) el análisis de ADN, medio que propuso (...) la defensa del acusado, y que fue declarada no procedente, lo fue porque está acreditado que dicha técnica estaba en período de experimentación (...) por lo que hasta ahora sus resultados no son fiables. Los Médicos Forenses (...) informaron que los marcadores genéticos hallados en las muestras examinadas son exactos y científicamente los análisis de la citada sustancia ADN no hubieran desvirtuado la presencia de aquellos marcadores en las expresadas muestras. Así, el TS cuestionaba la fiabilidad de la prueba científica, hoy ampliamente superada, y con un gran rigor (a la fecha se estudiaban sólo 8 marcadores de ADN y hoy son 16 los que analiza la Policía Judicial y el Instituto Nacional de Toxicología.

⁴ Vid CARRACEDO ÁLVAREZ, A.: “ADN: La genética forense y sus aplicaciones en la investigación criminal” En la obra colectiva La prueba de ADN en el proceso penal. Coord. Gómez Colomer, J. Ed Tirant Lo Blanch. Pág. 338

Landsteriner en el año 1900⁵. A partir de este momento, poco a poco se fueron añadiendo hallazgos sobre antígenos eritocitarios polimórficos, esto es, con una proporción significativa de variantes alélicas en la población, y que se heredan de forma mendeliana simple como el Rh, MNSs o Duffy. Aparecieron polimorfismos proteicos y enzimáticos de eritrocitos y leucocitos analizados por técnicas electroforéticas y finalmente los HLA (antígenos del sistema mayor de histocompatibilidad que consistía en el estudio específico de antígenos de la superficie de las células de defensa o inmunoglobulinas); sin embargo, tato éstos como los anteriores marcadores genéticos, presentaban grandes limitaciones cuando se trataba de analizar muestras degradadas o en una cantidad minúscula⁶. Esta limitación se mantuvo en el tiempo hasta el descubrimiento del ADN, el material genético que conforma el código para determinar las características de los individuos⁷.

a) *Acerca del ADN*

El ADN o ácido desoxirribonucleico⁸ es un tipo de ácido nucleico, es decir, una macromolécula que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo humano⁹, que contiene y transmite una gran cantidad de información entre las que destacan las características de la persona o código genético¹⁰. Se encuentra distribuido en diversos fragmentos o cromosomas en el núcleo de cada célula¹¹ (veintitrés pares en el ser humano¹²). Presenta como característica su identidad sea cual fuere el lugar del cuerpo del que proceda,

⁵ Vid LANDSTEINER KARD: "Speiser". En: Charles Coulston Gillispie. Editor in chief: Dictionary of Scientific Biographies. Vol 7. New York; 1970. Pág. 24.

⁶ Vid CARRACEDO ÁLVAREZ, A.: "ADN: La genética forense..." Op. cit. Pág. 340

⁷ Vid LORENTE ACOSTA, J. y LORENTE ACOSTA, M: "El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica" Ed. Comares. Granada 1995. Pág. Prólogo xxiii.

⁸ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: "La prueba de ADN en el proceso penal". Ed. Comares. Granada 2008. Pág. 19. El ADN es, pues, una molécula que se encuentra en cada célula de nuestro cuerpo, conteniendo toda la información genética necesaria para el funcionamiento de nuestro organismo.

⁹ Vid SOTO RODRÍGUEZ, M.L.: "El ADN como identificador criminal en el sistema español". La Ley 1209/2014. Ed. La Ley. Diario la Ley nº 8274, 19 de marzo 2014: Para la citada autora el ADN, componente químico del núcleo celular, es un código personal que únicamente tiene una función identificadora, al ser único en cada persona.

¹⁰ Vid GÓMEZ COLOMER; J.L.; "La prueba de ADN en el proceso penal". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014. Pág. 23

¹¹ Vid ROMERO CASABONA, C.: "Los genes y sus leyes. El genoma ante el derecho humano". Bilbao-Granada. Ed. Comares. 2002. Pág. 1.

¹² Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: Op. cit. Pág. 16. Así, la fusión de un espermatozoide, que contiene 23 cromosomas, con un óvulo que contiene el mismo número de éstos, dan como resultado un ser humano. Éstos cromosomas se numeran del uno al veintidós en orden a su tamaño, siendo el uno el más grande. El vigésimo tercero es el que determina el sexo y lo denominamos x o y. El ser humano puede ser pues, masculino xy o femenino xx. Los otros veintidós cromosomas no determinantes del sexo, llamados autosomas, se corresponden entre sí por su tamaño, además de que los genes en cada par de cromosomas correspondientes (homólogos) determinan los mismos rasgos en el individuo

propiedad que le dota de su característica fundamental en la ciencia forense: su carácter individualizador¹³. No existen dos personas con idéntico ADN, y es precisamente esta peculiaridad la que determina y diferencia las características de cada individuo singular, salvo el supuesto de que se trate de gemelos univitelinos¹⁴.

Con el fin de dar coherencia y clarificar conceptos que van a ser empleados a lo largo de este estudio, es preciso delimitar conceptualmente los siguientes términos:

- a) Loci y Alelos¹⁵. Los Loci son los fragmentos de ADN variable, siendo los *alelos* las diferentes variantes posibles¹⁶. Así, los rasgos de cada individuo los marcan los genes que pueden ser idénticos o diferentes, mientras que los genes de un rasgo determinado presentan formas diferentes denominadas alelos¹⁷.
- b) Genoma humano. Conjunto de características que individualizan y diferencian al ser humano de otras especies¹⁸.
- c) Fenotipo. Es la apariencia característica del rasgo, mientras que a la composición alélica que produce el rasgo se llama genotipo.
- d) Genotipo. Serie de peculiaridades genéticas que individualizan y diferencian a un ser humano en concreto de los demás¹⁹, es decir: el ADN de cada ser humano²⁰.

Los análisis de la cadena de ADN a efectos de identificación se circunscriben al estudio de los marcadores del ADN polimórfico o variable²¹.

¹³ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: "Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal". Ed Comares . Granada. 2000. Pág. 9

¹⁴ Vid LORENTE ACOSTA, J.: "El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica". Ed. Comares. Granada 1995. xxiii

¹⁵ Vid PÉREZ GIL, Julio: "El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 63 a 98

¹⁶ Vid SOLETO MUÑOZ, Helena, "LA IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Págs. 81 a 166

¹⁷ Vid LEVINE, LOUIS: "Guía del abogado para el uso de pruebas forenses de ADN". Ed. Fondo de Cultura Económica. México 2010. Para el citado autor del estudio de los fenotipos pueden inferirse los genotipos. Pág. 11

¹⁸ Vid FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., CORCOY BIDASOLO M., CARDENAL MONTRAVETA S., MIR PUIG S., BOLEA BORDÓN, C., GALLEGO SOLER, J., GÓMEZ MARTÍN, V, SANTANA VEGA, S., MIR PUIG, C., HORTAL IBARRA, J., CARPIO BRIZ, D., ARTAZA, O., MARTIN BESIO: "Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010". Epígrafe 13. Libro segundo. Título quinto del Código Penal (Arts. 159 a 162). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2011

¹⁹ Vid LEVINE, LOUIS: "Guía del abogado...". Op cit. Pág. 12. Para este autor del estudio de los fenotipos pueden inferirse los genotipos.

²⁰ FERNÁNDEZ BAUTISTA: "Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010". Op. Cit.

²¹ Vid DOLZ LAGO, M.J.: "Toma de muestras. Infractores, víctima y menores". Pág. 1. Según el citado autor la prueba de ADN en el proceso penal español está en un momento de crisis por los erráticos pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que desconociendo lo que significa ADN no codificante, único susceptible de ser inscrito en la Base de datos y que sólo permite conocer la identidad y el sexo, ha vertido diversas manifestaciones en sus sentencias, en calidad de obiter dicta, totalmente disfuncionales y generadoras de gran confusión en la comunidad científica sobre el régimen jurídico de esta prueba penal. Diario la Ley nº 8284. Ed. La Ley. Madrid.

Frente al ADN codificante que es prácticamente idéntico en todos los seres humanos²², existen zonas de ADN no codificante que admiten mucha variabilidad (ADN polimórfico), y que son las que habitualmente se estudian con fines forenses y de identificación²³.

Dos son los tipos de ADN que se han diferenciado en el genoma humano²⁴:

- a) ADN codificante. Fragmentos de ácido nucleico que determinan, por el orden de sus nucleótidos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas, a través de la síntesis proteica, determinando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo, si bien en este ADN está formado por secuencias altamente conservadora con muy pocas variaciones interindividuales e intergeneracionales²⁵
- b) ADN no codificante. Se caracteriza por la gran variabilidad de un individuo a otro, y no supone nada en términos de producción de proteínas. Dicha variabilidad hace este tipo de ADN excepcionalmente interesante a la hora de la identificación forense y lo convierte en el objetivo de la biología forense²⁶. Gran parte del ADN no codificante está formado por secuencias repetidas de nucleótidos (adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C)). Las repeticiones en tándem de una secuencia sencilla se denominan ADN satélites que cuando son de longitud corta (Short Tandem Repeat o STR) se conocen como “micro satélites”. Así se han llegado a definir regiones cromosómicas o loci con un número

²² Vid CARRACEDO ÁLVAREZ, A.: “ADN: La genética forense...” Op. cit. Sólo el 2 por ciento del genoma humano corresponde a ADN codificante y el resto es ADN no codificante. Que sea codificante o no codificante es sinónimo de funcionalidad. Muchas variaciones en ADN codificante no son funcionales ni implican ningún cambio en las proteínas.

Al contrario, muchas regiones de ADN no codificante tienen importancia funcional (por ejemplo regular la expresión de genes). Asociar el ADN codificante a función y no codificante a neutralidad de información es un error muy común en muchos textos y hasta en algunas legislaciones”.

²³ Vid ANDRADAS HERANZA, J: “Análisis de ADN en la Investigación Criminal”, en Ciencia Policial, 2004, cit., pág. 21.

²⁴ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J: “La protección de datos de ADN en la Unión Europea y en España” en la obra colectiva Las bases de datos policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?. Coord. CABEZUDO BAJO, M.J. Ed. Dykinson. Madrid 2013. Pág. 99. El ADN representa un gran almacén de información relativa al sujeto de quien proceda. Sin embargo no es preciso desvelar toda la información genética en su aplicación forense. (...) El autor después de hacer la distinción entre ADN codificante y no codificante concluye que parece evidente que la intromisión no consentida en la información que aporta el ADN codificante supone una injerencia incuestionable en el ámbito del derecho protegido a la intimidad.

²⁵ Vid LORENTE ACOSTA, M.: “El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica” Ed Comares. Granada 1995 págs. 48 y 55

²⁶ Vid LORENTE ACOSTA, M.: Op. cit. págs. 55 y 56

variable de repeticiones en tándem (variable number of tándem repeats).²⁷

En lo referente a la estructura del ADN, se conforma como una unión de dos hebras curvas, muy similares a las cadenas, que están unidas por enlaces químicos de hidrógeno. Cada hebra de ADN contiene un gran número de unidades llamadas nucleótidos. Cada nucleótido está compuesto por un fosfato, un azúcar y una de las siguientes bases nitrogenadas: adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C); siendo la base la relevante a la hora de determinar la acción de un alelo. Así, las posiciones de las bases en las dos cadenas de ADN permanecen fijas, de tal manera que una A siempre está junto a una T en la otra cadena y, de igual forma, una G siempre estará unida a una C, formando así los llamados pares complementarios. La unión de una base con su complemento se logra a través de enlaces débiles de hidrógeno²⁸.

El conocimiento de la estructura del ADN permitió a la ciencia el análisis de las diferencias entre alelos, posibilitando el reconocimiento de lo que en un principio tomando como base al fenotipo, pudieran parecer alelos idénticos y que resultan diferentes con base en el genotipo²⁹. La primera técnica de análisis de ADN fue la desarrollada por Alec. J. Jeffreys³⁰ y sus colegas de la universidad de Leicester denominada de “*southern-blotting e hibridación*”, consistente en el análisis de fragmentos de restricción de longitud polimórfica³¹.

Con esta técnica, y una vez extraído el ADN, se procede a cortar la cadena en fragmentos más cortos mediante el empleo de enzimas de restricción, resultando trozos de diferente longitud, actuando la enzima cada vez que se encuentra con una determinada secuencia de pares de bases. A continuación se someten los fragmentos de ADN obtenidos a un proceso de electroforesis, es decir, se aplica una diferencia de potencial mediante una corriente eléctrica de modo que los fragmentos de ADN de carga negativa son atraídos hacia el polo positivo. Los fragmentos de menor peso molecular se desplazan sobre el gel de agarosa o acrilamida³² con mayor rapidez que los

²⁷ Vid QUEVEDO GOICOECHEA, A. : Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales. Ed. Mc Graw-Hill. Madrid. 1997. Págs. 27 y 28

²⁸ Vid LEVINE, LOUIS: “Guía del abogado...”. Op cit. Pág. 12

²⁹ Vid KLUG, W.S. & CUMMINGS, M.R. & SPENCER, C.A., 2008. “Concepts of Genetics”. 9th ed. Prentice Hall. Los autores compilan el uso forense de la genética, la síntesis de proteínas y la bioquímica de los aminoácidos.

³⁰ Vid JEFFREYS/WILSON/THEIN: “Individual-specific fingerprints of human DNA”. Nature 1985. Vol. 316, 4 Julio. Pág. 76 a 79

³¹ Vid GOODWIN, W./LINACRE, A./HADI, S.: “An introduction to forensic Genetics”. Ed Wiley-Blackwell. UK. 2011. Pág. 1

³² Vid PADILLA PEÑA, C.A., DIEZ DAPENA, J., MARTÍNEZ GALISTEO, E., BÁRCENA RUIZ, J.A., GARCÍA ALFONSO, C: “Electroforesis de ácidos nucleicos en geles de agarosa. Aislamiento y caracterización electroforética de DNA plasmídico”. Departamento de Bioquímica

fragmentos de mayor tamaño. Al resultar inestable e incomodo trabajar sobre la solución de gel, se procede a continuación a transferir los fragmentos de ADN a una lamina de nitrocelulosa mediante la técnica de southern-blotting. Una vez concluido el proceso (de 12 a 24 horas), se fija definitivamente el ADN a una membrana de nitrocelulosa mediante calor o con la ayuda de rayos ultravioleta. Por último se procede a la hibridación, es decir, poner el material resultante en contacto con sondas específicas que permiten destacar o marcar las secuencias que interesan. El resultado es un patrón de bandas similar al código de barras que acompaña a numerosos productos y que JEFFREYS y su equipo denominó literalmente DNA fingerprint³³. Esta técnica de análisis de ADN presenta la ventaja de que debido al gran polimorfismo de los alelos resulta extremadamente individualizador, disminuyendo las probabilidades de coincidencia cuantos más loci se analicen³⁴.

El empleo de esta técnica fue escaso en origen dado lo laborioso del proceso³⁵, y no fue hasta el desarrollo del procedimiento para la multiplicación de secciones particulares de ADN, o el procedimiento de reacción en cadena de la polimerasa (PCR) cuando se extendió su uso³⁶. Mediante la utilización del PCR se pueden producir más de mil millones de copias de una sección específica de ADN a partir del ADN de unas 150 células. Ejemplificándolo, una gota de sangre del tamaño de un punto ortográfico contiene suficiente ADN para la técnica del PCR³⁷.

El proceso de PCR se descompone en varios ciclos³⁸. El primer ciclo incluye tres cambios de temperatura a los que sigue una reacción

y Biología Molecular, Universidad de Córdoba. En el caso de los geles de agarosa, se le añade bromuro de etidio, sustancia que se intercala entre las bases del DNA y es fluorescente cuando se ilumina con luz ultravioleta. Tras la electroforesis, se visualiza el gel con una lámpara de luz UV, y se verán las bandas correspondientes a las muestras de DNA aplicado y los marcadores de peso molecular.

<http://www.uco.es/dptos/bioquimica-biol-mol/pdfs/17%20ELECTROFORESIS%20ACS%20NUCLEICOS%20GELES%20AGAROSA.pdf>. Consulta el 9 de abril de 2016 a las 21:24

³³ Vid LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J.: "El ADN..." óp. cit. Págs. 72-83. En la citada obra el autor disecciona los métodos de análisis e identificación genética: las técnicas de Southern-blotting e hibridación de fragmentos de restricción de longitud polimórfica, las técnicas de ampliación genética o reacción en cadena de la polimerasa y las técnicas de secuenciación del ADN mitocondrial, en qué consiste su procedimiento analítico y sus ventajas y limitaciones.

³⁴ Vid LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J.: "El ADN..." óp. cit. Los inconvenientes: que la cantidad de las muestras puede no ser, a menudo, suficiente, los riesgos que plantea la contaminación de las muestras o la degradación y desde el punto de vista de la complejidad del método se destaca su duración (de dos a 10 días) y el incremento de las posibilidades de error por la necesidad de manipular las muestras varias veces en las distintas fases. Págs. 86-87

³⁵ Vid PRIETO SOROLLA, L.: "Aplicaciones forenses del ADN". Ed. Centro de estudios jurídicos del Ministerio de Justicia. Madrid 2006. Pág. 1872 y ss.

³⁶ Vid GOODWIN, W./LINACRE, A./HADI, S.: Op. cit. En dicho manual se detalla con precisión la técnica de la reacción en cadena de la polimerasa. Págs. 53 a 62

³⁷ Vid LEVINE, LOUIS: "Guía del abogado...". Óp. cit. Págs. 16 y ss.

³⁸ Vid LEVINE, LOUIS: "Guía del abogado...". Óp. cit.. Pág. 16

química determinada. Cada paso del proceso dura un minuto y puede realizarse un ciclo entero en menos de cinco minutos³⁹. En este primer ciclo el cambio en la temperatura inicial consiste en aumentar la temperatura del ADN hasta 94°C. Esto hace que los débiles lazos de hidrogeno que mantienen unidas las cadenas de ADN se rompan y las cadenas se separen. La temperatura desciende velozmente hasta llegar a los 60°C-62°C. A esta temperatura, relativamente baja, las cadenas de ADN separadas no pueden volver a formar su estructura de doble hélice. Mientras tanto, otras piezas de ADN especialmente preparadas, los *primers* o *secuencias iniciadoras*, que se complementan con secuencias específicas de cadenas de ADN, tienen la oportunidad de unirse a las cadenas de ADN que quedaron libres tras la separación (fase de emparejamiento o annealing).

Una vez que los cebadores están ubicados, se aumenta la temperatura a unos 70°C al objeto de que la polimerasa actúe sintetizando una nueva cadena de ADN idéntica a la que existía añadiendo para ello los nucleótidos necesarios (fase de “extensión”)⁴⁰. Este ciclo puede repetirse las veces que sea necesario obteniendo después de cada nuevo ciclo un duplo de copias de fragmentos de ADN. Habitualmente, se repite hasta obtener un total de 32 ciclos, los necesarios para obtener mil millones de copias de la “región de interés” (zonas específicas no codificantes y polimórficas, utilizadas en el proceso de identificación genética) Lo anterior ocurre de manera simultánea con ambos miembros de cada par de cromosomas homólogos. La efectividad del proceso de PCR radica en la manera en que se establece la sección de ADN a ser multiplicada⁴¹.

Los elementos controladores son las “secuencias iniciadoras”. Cada *primer* consiste en una cadena corta, de entre 18 y 30 nucleótidos, que se adhieren a regiones equivalentes (complementarias) en una de las cadenas de ADN en cualquiera de los extremos de la sección al ser

³⁹ Vid QUEVEDO, A: “Genes en tela de juicio. Prueba de identificación por ADN: de los Laboratorios o los tribunales”. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1997. Pág. 70 y ss.

⁴⁰ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F: “Los análisis de ADN...” Op. cit. Pág. 12. Extracto de el fundamento científico del ADN y su aplicación forense.

⁴¹ Vid CASTELLÓ PONCE, ÁLVAREZ SEGUÍ M., MIQUEL FEUCHT M. Y. VERDÚ PASCUAL F.A: “Revelado de manchas latentes: efectividad del luminol y evaluación de su efecto sobre el estudio del DNA”. Cuadernos de medicina forense nº 28. Sevilla. Abril 2002. Con mucha frecuencia las personas implicadas en una acción criminal intentan hacer desaparecer cualquier indicio que puede ser utilizado como prueba de su participación en el mismo. Afortunadamente, el análisis de DNA mediante PCR ha proporcionado a la Criminalística la posibilidad de estudiar indicios mínimos que de otra forma sería imposible analizar.

copiada⁴². Al construir los *primers* en las secuencias apropiadas se puede elegir cualquier sección de ADN que se quiera reproducir. El tipo de secciones que fueron sido elegidas por los laboratorios del FBI se conoce con el nombre de repeticiones concatenadas cortas (STR)⁴³, que consiste en juegos de cuatro nucleótidos que se localizan unos junto a otros. Las STR no determinan ninguno de los rasgos de un individuo, por lo que no agregan nada al fenotipo de la persona, desplegando su potencialidad en el genotipo de un individuo, si bien hasta la fecha no se conoce bien el alcance de esta función.

Cerca del 97% del genotipo de una persona no está involucrado en la definición de los rasgos, siendo la ausencia de una función específica conocida lo que hace que las STR sean codiciadas como pruebas de ADN; esto sucede porque las frecuencias de las STR en diferentes tipos de población no están sujetas a factores ambientales que trabajan a favor o en contra de la formación de rasgos de los alelos, lo que permite utilizar varios análisis estadísticos para determinar el grado de probabilidad de encontrar un genotipo STR, en particular, en una población humana dada sin tener que detenerse a considerar el factor ambiental de la región.

Otro avance significativo en la tecnología de obtención de pruebas de ADN fue el desarrollo de los "*juegos de análisis de ADN*", que consisten en que se pueden amplificar varias regiones de ADN simultáneamente, lo que requiere más de un juego de primers para la mezcla de reacción. La amplificación simultánea de dos o más regiones de ADN se llama multiplexión o multiplex PCR. En 1997, el FBI eligió 13STR para conformar el núcleo de la base de datos nacional de los E.E.U.U., conocida como CODIS⁴⁴, sistema combinado de índice de ADN ⁴⁵.

⁴² De importancia posterior para esta discusión es el hecho de que un compuesto químico luminoso, llamado fluorocromo, forma parte de cada secuencia iniciadora. El color de la luz emitida varía con cada fluorocromo emitido específico variando entre el color azul, verde o amarillo. Para entender este proceso: <http://ssyf.ua.es/es/formacion/documentos/cursos-programados/2011/especifica/microscopia-optica/microscopia-optica-y-laser-confocal-2a-ed/tema-5.pdf> Consulta realizada el 9/4/16 a las 21:32. UNIVERSIDAD DE ALICANTE. SERVICIOS TÉCNICOS DE INVESTIGACIÓN.

⁴³ Vid BLACKET, BOB:

http://www.biology.arizona.edu/human_bio/activities/blackett2/str_description.html

consulta 7/2/2016. Blacket creó un perfil de ADN a partir de su propio ADN creando con ello el perfil de ADN para los 13 loci genéticos principales de la base de datos nacional de los EEUU llamada CODIS (Combined DNA index system o sistema combinado de indexación o catalogación de ADN)

⁴⁴ F.B.I.: ¿Qué es CODIS? R: CODIS es el acrónimo de "Combinated DNA Index System" y es el término genérico utilizado para describir el programa del FBI de soporte para bases de datos de ADN de justicia penal, así como el software utilizado para ejecutar estas bases de datos. El sistema nacional de índice de ADN o NDIS es considerado una parte del CODIS, nivel

El paso final en el análisis de las pruebas de ADN de tipo STR es el establecimiento de los tamaños de la diferentes STR, proceso realizado por una maquina denominada “analizador genético” (en terminología forense se le conoce como secuenciador), que emplea un procedimiento conocido como “electroforesis capilar”⁴⁶.

En este procedimiento la solución que contiene las STR amplificadas se ponen en un tubo de cristal relativamente largo y angosto –capilar- con una solución especial que permite que las STR de diferentes tamaños se separen entre sí, moviéndose más rápidamente las partículas más pequeñas que las de mayor tamaño en base a la diferencia de potencial que se aplica entre los dos extremos del capilar⁴⁷.

Una vez completada la separación de las partículas, la mezcla se pasa a través del haz de un rayo láser que origina la iluminación de los dos primers que contienen flourocromos, y que están ubicados en ambos extremos de cada STR. Esto permite medir los tamaños de las diferentes STR, pudiendo imprimirse los resultados en una hoja de datos como una serie de picos llamados electroforegramas.

nacional, que contiene los perfiles de ADN aportados por laboratorios forenses participantes federales, estatales y locales. <https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>. Consulta realizada el 9/4/16 a las 222:30.

⁴⁵ F.B.I.: The CODIS Unit manages, the Combined DNA Index System (CODIS) and the National DNA Index System (NDIS). It is responsible for developing, providing, and supporting the CODIS Program to federal, state, and local crime laboratories in the United States and selected international law enforcement crime laboratories to foster the exchange and comparison of forensic DNA evidence from violent crime investigations. The CODIS Unit also provides administrative management and support to the FBI for various advisory boards, Department of Justice (DOJ) grant programs, and legislation regarding DNA. <https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>. Consulta realizada el 9/4/16 a las 21:50. La unidad de CODIS gestiona el Sistema de Índice Combinado de ADN (CODIS) y el sistema nacional de índice de ADN (NDIS). Es responsable de desarrollar, proporcionando y apoyando el programa CODIS para laboratorios de delitos federales, estatales y locales en los Estados Unidos y laboratorios de cuerpos de seguridad internacionales seleccionados, para fomentar el intercambio y comparación de pruebas de ADN forenses de investigaciones de crímenes violentos.

⁴⁶ Vid DÍEZ MASA, J.: “Electroforesis capilar en el análisis de proteínas (...)”. Ed. Farmaespaña Industrial. Noviembre/diciembre 2012. Pág. 65- La electroforesis capilar es una técnica analítica de separación que se basa en la diferente velocidad de desplazamiento que tienen las distintas proteínas en el seno de un medio líquido, contenido en un tubo capilar, al someterlas a la acción de un campo eléctrico.

⁴⁷ Vid LORENTE ACOSTA: “El ADN...” Op. cit. Pág. 79. En ciencia forense, la electroforesis se hace utilizando como soporte para que emigren los trozos de ADN a geles de agarosa, los cuales son lábiles e inestables y dónde el ADN no es capaz de fijarse, sino que tiene a difundir, por todo ello procede traspasar los fragmentos ya separados de ADN a otro soporte que sea más resistente y dónde el ADN quede fijo.

La principal ventaja de esta técnica consiste en la posibilidad de actuar sobre indicios muy pequeños⁴⁸, posibilitando además la conservación del material para la realización en su caso de futuras contrapericias.

Por otra parte la posibilidad de actuar sobre un número reducido de pares de bases confiere a los fragmentos amplificados una gran estabilidad y resistencia a la degradación, circunstancia de gran interés en la práctica forense cuando los vestigios son antiguos o han estado sometidos a condiciones ambientales no óptimas.

b) Prueba pericial de ADN

La *prueba pericial de ADN*, independientemente de la técnica utilizada, en el proceso penal, consiste en la comparación de la composición de ADN de una muestra dubitada -aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece-, y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa, o de un banco de datos-, con el fin de comprobar la coincidencia de los marcadores genéticos de ambas, pudiendo servir caso positivo de evidencia acerca de una determinada autoría en el subsiguiente proceso penal⁴⁹, siendo un medio idóneo para determinar la pertenencia de vestigios biológicos a un concreto individuo con un alto grado de fiabilidad⁵⁰. En todo caso, lo que va a probar esta pericia es la presencia del ADN del sospechoso o imputado en el lugar de los hechos, no su autoría o participación en ellos, que deberá ser acreditada mediante otros elementos probatorios (STS 949/2006 de 4 de octubre). Por sí sola, la prueba de ADN es insuficiente para fundar una condena⁵¹. A esta definición habría de añadirle la utilización de la citada prueba para el reconocimiento de cadáveres.

Por esta razón, la técnica de ADN como medio de prueba ha alcanzado un peso relevante en la investigación criminal a la hora de la determinación de

⁴⁸ Vid LORENTE ACOSTA: "El ADN..." Op. cit. Pág. 84. Además para el citado autor otra de las ventajas es la relativa "resistencia a la contaminación biológica". GURIDI ETXEBERRÍA. Op cit: pág. 13 menciona también que para Lorente, sin embargo la cantidad de las muestras necesitadas para esta técnica puede no ser a menudo suficiente, además de la duración del proceso que puede prolongarse de dos a diez días.

De la misma opinión es CARRACEDO ÁLVAREZ, A.: "ADN: La genética forense..." Op. cit. Pág 344: El análisis de minisatélites mediante sondas prácticamente está abandonado especialmente debido a que con su uso es muy difícil analizar ADN degradado o en pequeña cantidad y esto dificulta gran parte de las aplicaciones forenses.

⁴⁹ Vid MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: "La prueba del ADN en el proceso penal". Ed. Tirant on line. Documento TOL2.664.594

⁵⁰ Vid SOLETO H. y ALCOCEBA, J.: "Justicia penal y derecho de defensa". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014. Epígrafe: IV. Perfiles de ADN y protección de los derechos del ciudadano. Coordinadores: Ignacio Flores Prada, I. y Guzmán Fluja V.C.

⁵¹ Vid. SALOM ESCRIVÁ, J-S.: "La prueba de ADN en el proceso penal". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014. Pag. 197

la identidad de determinados restos biológicos hallados en la escena del crimen.

Medio de prueba cuya valoración corresponde en última instancia al órgano judicial⁵² y que se puede descomponer en los siguientes momentos:

- a) En la escena del crimen⁵³. Tras adoptar las cautelas inherentes a este tipo de diligencias (aproximación, localización e identificación, y aseguramiento de las evidencias), comienza la recogida de la muestra dubitada con la observancia de las garantías propias de la cadena de custodia de las evidencias respecto de sangre, saliva, esperma, restos celulares por descamación, pelo, uña, músculo, cartílago, médula y pulpa; vestigios que pueden encontrarse en cualquiera de los escenarios en los que se desarrolló la comisión del delito, en las piezas de convicción o ejecución
- b) En el laboratorio. La identificación por *ADN* no es posible estudiando sólo un vestigio biológico recogido en la escena del delito, sino que es necesaria la existencia de una muestra indubitada de referencia tomada a un individuo identificado con la que poder efectuar la comparación. Tras el cotejo de los perfiles obtenidos en ambos tipos de muestras se procede a la identificación positiva en caso de coincidencia de perfiles genéticos, o a la exclusión en caso de no coincidencia entre los perfiles de ambas muestras. Las bases de datos de perfiles de *ADN* permiten estas comparaciones de forma rápida y masiva, tanto de muestras dubitadas entre sí -con el fin de conocer si está involucrada la misma persona en diferentes hechos delictivos-, como entre muestras dubitadas e indubitadas para conocer o descartar la identidad del donante del vestigio encontrado en la escena⁵⁴.
- c) Dictamen pericial⁵⁵. El documentado por escrito y aportado al

⁵² Vid GUASP, J.: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil". T. II. Vol. 1º, 2ª parte. M. Aguilar editor. Madrid. 1947. pág. 674. Las reglas de la sana crítica, reglas de apreciación de la prueba, son los criterios normativos que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva para emitir juicios de valor. En igual sentido STS de 21 de febrero de 2001. El Tribunal sentenciador es libre de apreciar las pruebas periciales conforme a las reglas de la sana crítica y no está condicionado a aceptar las conclusiones de los peritos de una determinada parte.

⁵³ Vid ROMEO CASABONA, C.: "Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad" Ed. Comares. Bilbao-Granada 2002. Pág. 2. Para el citado autor en el ámbito del derecho penal, los delitos tipificados como de mayor gravedad (...) suelen dejar en la escena o escenas del crimen, indicios biológicos que permiten un estudio adecuado de los mismos, con el objeto de tratar de responder a dos de las más típicas preguntas de la investigación criminal: qué personas estaban implicadas y cómo pudieron ocurrir los hechos".

⁵⁴ Vid SOLETO H. y ALCOCEBA, J.: "Justicia penal y..." Op. Cit.

⁵⁵ Vid FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, M.: "Medios y valoración de la prueba". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2011. Tol. 1.328.142. Dictamen de peritos: Es el dictamen especializado que se aporta al caso por quien posee unos determinados conocimientos científicos o técnicos relevantes para ello. Se exige como requisito que se realice por persona con la titulación correspondiente, y que esté debidamente motivado y no sean meras opiniones del firmante. Su valor probatorio será de libre apreciación por el juzgador sin que necesariamente tenga que

juzgado en la fase de instrucción y ratificado en el acto de la vista del juicio oral con intermediación judicial y sujeto a contradicción.

Pero la verdadera importancia de este medio de prueba radica en el efecto identificador de una muestra sin entrar a valorar otras consideraciones⁵⁶ y, aunque su valor no es absoluto⁵⁷, permitirá determinar la pertenencia de la muestra a un sujeto con un grado de probabilidad muy alto y, por ende, concretar el grado de participación de aquél en los hechos investigados mediante el establecimiento de la correspondencia de ADN del presunto sospechoso contra quién dirigir la acción penal⁵⁸.

Los STRs o marcadores son regiones del ADN polimórficas y que están compuestos por unidades de repetición de 2 a 6 pares de bases nitrogenadas y que se repiten en forma de tándem, es decir, de manera continua un número determinado de veces. Los pares de bases nitrogenados que constituyen la cadena de ADN son cuatro (adenina→A, timina→T, citosina→C y guanina→G), y que se disponen en forma de vagones unidos para constituir la cadena de ADN.

Dependiendo del número de pares de bases que constituya la unidad de repetición, podemos diferenciar los STRs en varios tipos, dinucleotídicos, trinucleotídicos, tetranucleotídicos, pentanucleotídicos, o hexanucleotídicos según el número de repeticiones que tengan 2, 3, 4, 5, ó 6 pares de bases respectivamente.

Veamos un ejemplo para entenderlo mejor⁵⁹: Una secuencia de ADN de 20 pares de bases "ATGA-ATGA-ATGA-ATGA-ATGA" representa 5 copias (repeticiones) dispuestas en forma de tándem con el tetranucleotídico "ATGA".

ajustarse al dictamen de los peritos.

⁵⁶ Vid MORENO VERDEJO, J: "ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Ed, Centro de estudios jurídicos del Ministerio de Justicia. Pág. 1801 y ss." Para el citado autor la huella genética ha supuesto una "revolución" dado que su grado de fiabilidad es "incomparable al proporcionado por otras pruebas".

⁵⁷ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: "La prueba de ADN en el proceso penal" Ed. Comares. Granada 2008. Pág. 14. Algunas voces autorizadas destacan la experiencia de otros países desarrollados que muestran la conveniencia de que los estudios sean realizados por dos laboratorios distintos, sobre idénticas muestras, sin conocer cada uno los resultados que ha obtenido el otro". Hay que tomar en consideración las dos tendencias existentes en este momento: la de los laboratorios europeos, más conservadores y que emiten un valor estadístico de la coincidencia genética; y, la de los laboratorios forense del FBI, en los cuales a partir de un determinado valor estadístico emiten sus resultados como valores absolutos, identificando de manera directa: "X ha dejado esta muestra en el lugar de los hechos".

⁵⁸ STS 789/1999. : "La prueba de ADN puede decirse que es res ipsa loquitur, la cosa habla por sí misma". Vid RICHARD GONZÁLEZ, M.: "La pericia científica en el proceso penal. Especial atención al cotejo e identificación mediante ADN". En la obra colectiva "Tratado pericial judicial". Coord. Abel Lluch, X. Ed La Ley. Madrid. 2014. Pág. 377. La prueba pericial es un medio de prueba que tiene por finalidad acreditar en el proceso hechos que por su naturaleza precisan de un análisis y/o explicación científica o técnica especializada que va más allá de la que puede darse y ser entendida por una persona de formación común (...) como puede ser un magistrado.

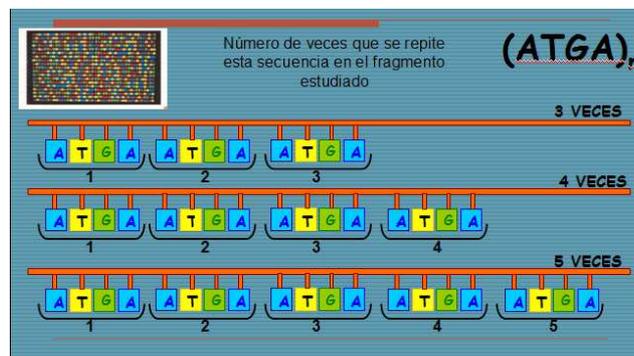
⁵⁹ LOPEZ REYES, E. y GARCÍA POVEDA, E.: "Interpretación de perfiles genéticos". Revista Confederación Española de Policía. Año 2016 nº 11. Ed. CEP. Madrid. 2016. Pág. 13

Los polimorfismos (la variabilidad entre distintos sujetos) en STR's se deben al distinto número de copias del elemento repetido, en este caso "ATGA", que puede aparecer en una región concreta del ADN para una población determinada.

Si esta región fuera estudiada en diferentes sujetos, el número de repeticiones podría variar desde 5 veces hasta 17 por ejemplo, lo que nos va a permitir diferenciarlas. Al número de veces que se repite una secuencia en un STR o marcador se le llama alelo.

Es evidente que en un contexto poblacional concreto podríamos encontrar a varios sujetos que compartieran un mismo número de alelos (de repeticiones) en esa región del ADN estudiado, por lo que no sería posible determinar quién ha dejado un vestigio de ADN en un crimen. Pero si añadimos una segunda región a estudiar dentro de la secuencia de ADN mayor será la posibilidad de diferenciación, es decir, cuanto mayor sea el número de STRs o marcadores utilizados, menor será la posibilidad de coincidencia al azar.

60



Aplicamos el siguiente símil: Queremos localizar a un antiguo compañero de oposición destinado en Barcelona en base a la siguiente descripción "varón entre 30 y 35 años, de 1,75 m de altura y con pelo castaño", con estos datos varios funcionarios podrían encajar perfectamente. Si añadimos a esa descripción que tiene "ojos verdes, con acento del sur, un lunar en la mejilla derecha, practica triatlón y tiene gemelos" estamos dando suficientes datos como para poder diferenciarlo de una plantilla relativamente grande. En el mismo grado utilizamos los STRs con fines identificativos.

Si en cualquier caso, la secuencia base de una STR de un investigado resulta no ser exactamente igual que la encontrada en la prueba, no existe correspondencia de ADN siendo excluido como donante de la muestra⁶¹.

2.- BASES DE DATOS DE IDENTIFICADORES DE ADN CON FINES DE

⁶⁰ Vid nota anterior.

⁶¹ Vid LEVINE, LOUIS: "Guía del abogado...". Op cit. Pág. 30 a 32

INVESTIGACIÓN PENAL

2.1.- BANCOS DE MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO.

Paralelo al desarrollo científico⁶², resulta cada vez más habitual la tendencia a la obtención y conservación de muestras biológicas de procedencia humana, dado que se trata de un singular repositorio de información sobre las características genéticas del individuo⁶³. Esta conservación lo es con fines muy heterogéneos: investigación biomédica (para determinar evoluciones genéticas poblacionales, o problemas relacionados con la salud y sus soluciones); búsqueda de desaparecidos en catástrofes o contiendas bélicas; y, cómo no, la investigación policial en aras al esclarecimiento de los hechos delictivos y la identificación del delincuente. En este ámbito y con los fines descritos, en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno se han generado bases de datos con identificadores de ADN obtenidos en escenas del crimen, en relación con la comisión de determinados delitos, etc.⁶⁴, siendo el Reino Unido el país pionero en el año 1995; vocación de internacionalización -, a raíz de la de las bases de datos de ADN-, que se ha extendido, en el entorno europeo⁶⁵, al resto de bases de datos policiales y judiciales .

La UE aprobó el tratado Prüm (2005), que se incorporó al ordenamiento jurídico de la UE a través de la Decisión 2008/615/JAI, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, denominada decisión Prüm, desarrollada, a su vez, por la decisión 2008/616/JAI. Con el fin de contar con un nivel de protección de datos elevado y simultáneamente armonizado entre los diferentes países, aprobó, igualmente, la Decisión marco 2008/977/JAI de 27 de noviembre para regular el intercambio de perfiles entre los Estados miembros⁶⁶.

⁶² Vid GIL MEMBRADO, C.; *“Utilización de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación”*. Revista de Bioética y Derecho, núm. 25, mayo 2012, p. 19-32

⁶³ Art. 3.o de la LIB *“Muestra biológica: cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona”*. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

⁶⁴ Vid ORBAGOZO OROÑOZ, I., RUIZ RODRÍGUEZ, L., LORENTE ACOSTA, J.A. y AYUSO VILACIDES, J.; *“Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial. Actas del I Congreso Internacional de evaluación técnica y jurídica de la operativa policial”* Jerez, 2015 Pág. 314. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016

⁶⁵ Vid ARANGÜENA FANEGO, C., FONSECA MORILLO, F.; (Coordinadores Antonio Calonge Velázquez y Ricardo Martín de la Guardia). *“Políticas comunitarias Bases jurídicas”*. Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid 2013. Su aplicación supondrá que la policía de cualquier Estado miembro podrá acceder no sólo a los lujos de información que ya se intercambian a través de los canales de Interpol, Europol, Schengen, Prüm, etc., sino a todas las bases de datos nacionales que utilicen las fuerzas y cuerpos de seguridad de otro Estado miembro, lo que aumenta las posibilidades de cooperación y su utilidad policial. Pág. 204. Posteriormente lo harían Luego le fueron siguiendo al menos 54 países, como Estados Unidos, Alemania, Austria, Portugal, Hungría, y Francia. Vid CABEZUDO BAJO, María José: *“Las bases de datos policiales de ADN ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?”*. Ed. Dykinson. Madrid 2013. Pag. 14

⁶⁶ De hecho, aunque el objeto de esta tesis es la afectación de las bases de datos en nuestro ordenamiento jurídico nacional, es importante reseñar que en algunos países de nuestro

En España las bases policiales de datos de ADN fueron reguladas mediante Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, que sería desarrollada con posterioridad por el RD 1977/2008 de 28 de noviembre, regulador de la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN⁶⁷.

2.2.- BASES DE DATOS DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN CON DESTINO A LA INVESTIGACIÓN PENAL.

a.- Elementos de análisis y derechos afectados.

A la hora de poder acotar una prueba de cotejo de ADN y que dicha prueba pueda ser incorporada al proceso como prueba de cargo, es preciso la combinación de tres actividades. La primera: su realización por laboratorios debidamente acreditados para ello en sentido estricto⁶⁸. Lo segundo: contar con muestras o vestigios biológicos con contenido celular sobre los que realizar dichos análisis; muestras que son aportadas por la policía en la inspección técnica ocular del lugar del crimen o son extraídas de las personas relacionadas con el mismo (para lo último se requiere la práctica de intervenciones sobre el cuerpo de las personas afectadas), lo que precisa de la mayor inmediatez posible⁶⁹. Lo tercero: su conservación. Los Estados han optado por conservar los datos resultantes del análisis, incorporándolos a

entorno se determina la obligación de anotar en los mismos los identificadores de ADN de la totalidad de la población, algo impensable en nuestro ordenamiento jurídico actual.

⁶⁷ Vid ETXEBERRIA GURIDI, J.F.; *“La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”*. Diario La Ley, Nº 6901, Sección Doctrina, 11 de Marzo de 2008, Editorial LA LEY

⁶⁸ Vid ALONSO ALONSO, A.; Revista de La Sociedad Española de Bioquímica y Biología Molecular (SEBBM). Diciembre de 2011. En España existen en la actualidad alrededor de 20 laboratorios acreditados para la realización de análisis de ADN en el ámbito judicial. La mayoría son laboratorios públicos pertenecientes a diversas instituciones del ámbito estatal (Comisaría general de Policía Científica, Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses) o autonómico (Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza y División de Policía Científica de los Mossos de Esquadra). Todos estos laboratorios contribuyen mandando sus resultados a la Base de Datos Nacional de Perfiles de ADN, en la que en la actualidad hay alrededor de 200.000 perfiles genéticos registrados, y se utiliza el sistema informático CODIS del Departamento de Justicia de EEUU.

⁶⁹ Sentencia Tribunal Supremo 303/2016 de 12 de abril (Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar): “Ha de señalarse que la tardanza excesiva en denunciar, en tesis ordinaria, dificulta mucho tanto la obtención de pruebas que pueden conseguirse de forma inmediata (como vestigios seminales, pruebas biológicas, ADN, sintomatología de los golpes o la fuerza ejercida sobre la víctima, la presentación de ropas íntimas u otro tipo de prendas de vestir que pueden arrojar ciertas evidencias delictivas, etc.), y relativiza, desde luego, el valor del testimonio de la víctima, puesto que ha solicitársela una explicación de tal tardanza en denunciar, en tanto que lo lógico es que, inmediatez de ocurridos los hechos, se pongan en conocimiento de la policía o el juzgado, con objeto de proceder al esclarecimiento de los mismos. En otras palabras, así como nadie, tras recibir una agresión física, dudaría en denunciar inmediatamente tales lesiones, siendo de todo punto inconcebible tardar años en denunciar, por ejemplo, una agresión a puñetazos - salvo que concurren especiales circunstancias a tomar en consideración caso por caso-, lo propio ocurre en agresiones sexuales, cuya víctima es una persona adulta. Dentro del plazo de prescripción está en su derecho, pero tal comportamiento hemos de convenir que dificulta mucho la obtención de pruebas, que de forma inmediata pueden fácilmente obtenerse”.

ficheros o bases de datos, así como dotar a las policías de esta herramienta por si en un futuro pudieran resultar de interés con fines identificativos: bien para cotejar el titular de la información genética con alguna muestra en la base de datos obtenida en el lugar de comisión del delito o lugares relacionados o con alguna muestra de la víctima o de los agentes actuantes; bien porque exista una probabilidad de reincidencia⁷⁰.

En el preámbulo de la ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN se recalca la importancia y el carácter sensible de estos datos, singularmente *“en lo relativo a su obtención y registro de cara a su empleo en el curso de ulteriores investigaciones. Ello viene dado tanto por el carácter sensible que dichos datos tienen y el importante grado de protección con que, naturalmente, deben contar, como por la inexistencia de un marco jurídico que regule adecuadamente su empleo.”*

Tanto en la práctica de análisis de ADN, como en el posterior tratamiento de la información extraída, se pueden ver afectados derechos fundamentales de los individuos sometidos a examen⁷¹. Para comenzar, el ADN contiene información, tanto del individuo examinado, como de sus familiares –al constar el componente hereditario-⁷²; así, parte de dicha información se encuentra estrechamente vinculada al **derecho a la intimidad**

⁷⁰ Vid RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., LORENTE ACOSTA, J.A. y AYUSO VILACIDES, J.; *“Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial”*. Actas del I Congreso Internacional de evaluación técnica y jurídica de la operativa policial Jerez, 2015 Coordinadores Valencia, 2016. Págs. 272 a 276.

⁷¹ Vid CORCOY BIDASOLO. M.; *“ADN forense, problemas éticos y jurídicos”*. Ed. Universidad de Barcelona. GUILLÉN, M y CASADO, M coordinadoras. Barcelona. 2014. Pág. 93. Para la autora, la específica naturaleza de la información genética que se ha denominado polimórfica ha configurado un aspecto muy concreto de la intimidad conocida como la intimidad genética sentando las bases de lo que ya se conoce como ética de la información genética. La naturaleza polimórfica se deriva de la existencia de tres niveles de información: un primer nivel la identidad genética se corresponde con la constitución genética de la “persona individual”, un segundo nivel con la capacidad de inferir la expresión genotípica de una persona partir de su familia como condición hereditaria normalmente de carácter recesivo y un tercer nivel destinado a reconocer una esfera social a la genética humana. Es precisamente ese tercer nivel donde en mayor medida actúan, o deberían hacerlo, los mecanismos de protección destinados a limitar la estigmatización o discriminación. El enorme potencial de información y por consiguiente potencialmente lesivo de la intimidad, de la información genética de debe llevar no sólo a equiparar el código genético individual a la historia clínica, sino a procurarle incluso Mayor protección que la prevista para los llamados datos sensibles que afectan al núcleo duro de la intimidad.

⁷² Vid LEAL MEDINA, J.; *“El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”* Diario La Ley, Nº 8190, Sección Doctrina, 13 de Noviembre de 2013, Editorial LA LEY. Las diversas aplicaciones médicas o genéticas que ofrece el descubrimiento del ADN, al servicio de lo jurídico, contribuyen al esclarecimiento de muchos delitos, al poder identificar a través de los restos biológicos dejados en el escenario del crimen a un individuo con un margen de error de al menos uno frente a varios millones, por lo que estamos ante una prueba que goza de un alto grado de probabilidad y certeza. Ahora bien, no deja de ser una cuestión científica que se ventila en un juicio jurídico de carácter interpretativo sometida a la libre valoración del juzgador. Sin embargo, la sensibilidad de las muestras, la forma de su ocupación y recogida, o la manera de su custodia, puede llegar a anular sus efectos jurídico-criminales, pues su manipulación y degradación pueden hacer decaer un pronunciamiento de culpabilidad.

(predisposición a padecer en el futuro determinadas enfermedades, información racial, etc.), pudiendo hablar de afección al derecho a la intimidad genética. De igual forma, la incorporación de los datos de ADN a bases de datos o ficheros afecta al **derecho a la protección de datos** de carácter personal. Este derecho, que encontraría su amparo constitucional en el art. 18.4 CE, cuenta con sustantividad, ya que, según nuestro TC, “(...) su función, objeto y contenido difieren de los del derecho a la intimidad”⁷³. Por este motivo, la Recomendación R (92) 1 del Consejo de Europa, sobre el uso del ADN en el sistema de justicia penal, advierte de la incidencia de estas técnicas - incluyendo las fases de recogida mediante intervenciones corporales, análisis y cotejo de las muestras de ADN-, en los derechos del individuo, recomendando una serie de medidas para garantizar la proporcionalidad de la injerencia.

Para ROMERO CASABONA, la recomendación R (92) 1 del Consejo de Europa indica que la toma de muestras debe ser únicamente realizada en las circunstancias determinadas por las leyes nacionales. En España para casos penales el problema no difiere excesivamente del debatido tema de la obligatoriedad de los análisis de alcoholemia. (...) En este apartado de la recomendación, reflejando un estado de opinión doctrinal, se pone de manifiesto la preocupación sobre la atención y el uso de otra información genética fundamentalmente médica no relacionada con el propósito de la investigación⁷⁴.

Hay que señalar además que, en las bases de datos de ADN, podrían constar, otra serie de perfiles, como pudieran ser los de las propias víctimas o la de los funcionarios de policía encargados de la investigación (los llamados “descartes”), cabiendo también la posibilidad de que el vestigio sea de estos últimos por contaminación de la escena (caída de un pelo o una pestaña, o de saliva, o un cigarrillo, etc.), lo que implicaría la afectación de derechos de personas relacionadas directa o indirectamente con esa escena del crimen. Bases de datos que se caracterizan por:

- Tratarse de ficheros permanentes,
- Que contienen información estable,
- Que se irán ampliando con más información obtenida de:
 - Las diferentes investigaciones llevadas a cabo en el seno del ámbito territorial al que responda.
 - Los datos ofrecidos por la interconexión con otras bases de datos de la misma índole o de diferentes policías y organismos, tanto nacional, como internacional.
 - Muestras indubitadas obtenidas de los sujetos procesados que se sometan voluntariamente a dicha toma de muestras, como la de aquéllos que sean sometidos mediante a la utilización de la vis coactiva por una orden judicial y las indubitadas de las víctimas y personal investigador (si ello es recogido en la legislación,

⁷³ STC 292/2000, de 30 de noviembre. Vid LACAL CUENCA, P: “Recogida de ADN en el nuevo CP: consecuencias jurídicas y éticas del artículo 129 bis CP”

Diario La Ley, Nº 8738, Sección Doctrina, 11 de Abril de 2016, Ref. D-151, Editorial LA LEY

⁷⁴ Vid ROMEO CASABONA, C.M.; “*Genética humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano*”. Cátedra de Derecho y Genoma humano. Fundación BBVA. Diputación foral de Vizcaya. 2011. Pág. 314.

cuestión no contemplada en nuestro derecho positivo); así como de las indubitadas obtenidas en el seno de investigaciones sobre los diferentes delitos cometidos en su ámbito geográfico.

Por otra parte, al contener el ADN información sensible del sujeto y de su grupo familiar, no es preciso desvelar ese acervo en la idea de preservar al máximo los derechos fundamentales de los afectados⁷⁵; a tal fin, el análisis se suele realizar de la parte no codificante del ADN, de la que puede obtenerse información del individuo del que proceden las muestras, como sexo, etnia, filiación, etc.

El ADN codificante está constituido por “aquellos fragmentos de ácido nucleico que determinan, por el orden de sus nucleótidos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteicas, determinando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo. Este parte del ADN está formado por secuencias altamente conservadoras con muy pocas variaciones interindividuales e intergeneracionales”⁷⁶.

Así, la parte codificante del ADN “contiene la secuencia de los genes, el material genético al que corresponde la función de producir las proteínas que dan lugar a los rasgos físicos de los individuos transmitidos hereditariamente”⁷⁷. Información mucho más significativa, como datos referentes a la salud, lo que hace que goce de una protección mucho mayor a la hora de la salvaguarda de la intimidad. Esta información es la que requieren los estudios poblacionales y de investigación biomédica, pero su estudio está vetado para la Genética Forense, al menos de momento, puesto que no se descarta, con el nivel de avance de la investigación que puedan hallarse en el “futuro elementos útiles para la identificación de las personas en esta zona codificante”⁷⁸.

Dicha advertencia de futuro es seguida igualmente en la Recomendación nº (92) del Consejo de Europa advirtiendo del potencial de injerencia de este tipo de análisis respecto de derechos fundamentales (vida

⁷⁵ Vid MÉNDEZ ZAYAS, J.: “Hacia el infinito” Editorial biblioteca del congreso de Estados Unidos 2013. En realidad se puede considerar así, un almacén de información de mensajes que se transmiten de generación en generación conteniendo toda la información necesaria para construir sostener el organismo en el que reside se puede considerar que las obreras desde mecanismos son las proteínas. Estas pueden ser estructurales, como la proteína de los músculos cartílagos y pelos, o bien funcionales como la hemoglobina o las innumerables encimas del organismo.

⁷⁶ Vid LORENTE ACOSTA, J.A./LORENTE ACOSTA, M.: “El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica.” Ed. Comares. Granada 1995. Pág. 48

⁷⁷ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La protección de los datos de ADN en la UE y en España”. Dentro de la obra Las bases de datos policiales ¿son realmente eficaces? fruto de las Jornadas organizadas en la UNED al amparo del proyecto de investigación de la UE DER 2009/08071. Directora María José Bajo Cabezudo. Pág. 99

⁷⁸ Vid ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.; “Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal”. Ed Aranzadi. Navarra 2010. Pág. 146. Vid STC 199/2013 de 5 de diciembre Pleno del TC “Si bien la ciencia siempre puede avanzar y esos progresos pueden llegar a tener trascendencia desde la perspectiva de la cuarta enmienda, los alelos en los marcadores CODIS no suministran actualmente otra información que la relativa a la identidad del sujeto” con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Maryland v. King, de 3 de junio de 2013 (identificación del autor de un delito de violación a partir del análisis del ADN de quien fue detenido como sospechoso de otro delito grave posterior) al afirmar taxativamente que los marcadores utilizados para la identificación del ADN “están situados en partes no codificantes del ADN que no revelan las características genéticas del detenido.

privada y familiar, respeto al cuerpo humano) instando a la creación de garantías.

Sin embargo, y según avanza el conocimiento científico, la diferencia entre el ADN codificante y el que no lo es, se manifiesta cada vez como más irrelevante, ya que “las funciones del ADN no codificante resultan escasamente conocidas todavía y que no cabe descartar que en el futuro, los estudios del ADN no codificante arrojen otras informaciones valiosas sobre el sujeto analizado”⁷⁹. Además, la distinción entre el ADN codificante y no codificante “como límite para el acceso al ADN en relación con la investigación forense presenta la ventaja de que es un criterio más objetivable que dejar al criterio subjetivo individual decidir que información será más apta para los fines forenses de identificación, salvo que se pudieran fijar pautas generales de actuación establecidas por las sociedades científicas del sector, de modo semejante a como han procedido en otros casos”⁸⁰. No faltan voces que huyen de la inocuidad con que se pretende revestir el análisis de ADN limitado al ámbito no codificante⁸¹, rechazando que pueda ser admitida sin más: “aunque si bien es cierto que resulta más ajustado al principio de proporcionalidad, por ser menos lesivo, el análisis de ADN limitado al ámbito no codificante que el comprensivo del codificante, no lo es que se pueda equiparar a la obtención de la huella dactilar”⁸².

⁷⁹ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; “*La protección de los datos de ADN en la UE y en España*”. Dentro de la obra *Las bases de datos policiales ¿son realmente eficaces?* fruto de las Jornadas organizadas en la UNED al amparo del proyecto de investigación de la UE DER 2009/08071. Directora María José Bajo Cabezudo. Pág. 102

⁸⁰ Vid ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.; “*Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*”. Ed Aranzadi. Navarra 2010. Pág. 147

⁸¹ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.; “*La protección de los datos de ADN en la UE y en España*”. Dentro de la obra *Las bases de datos policiales ¿son realmente eficaces?* fruto de las Jornadas organizadas en la UNED al amparo del proyecto de investigación de la UE DER 2009/08071. Directora María José Bajo Cabezudo. Pág. 102

⁸² Sobre la protección a la intimidad de la parte codificante del ADN y la obtención de muestras, ha tenido la oportunidad de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo STS sala 2ª 734/2014 de 11 de noviembre, en el voto particular emitido por perfecto Andrés Ibáñez: en la que establece que “Los marcadores del ADN codificante son distintos en cuanto aportan una información excesiva e íntima del sujeto: su huella o herencia genética; rasgos físicos, enfermedades congénitas o predisposición a contraer determinadas enfermedades. El conocimiento de esta información afecta sin discusión a la intimidad de la persona. El perfil del ADN no codificante consiste en cambio en una serie de números que confirman un código anónimo diferenciador de los que no se puede descubrir ningún dato relativo al contenido genético de la persona. De hecho la información que aportan carece de valor hasta ser contrastada con otro perfil procedente de muestra dubitada.

Por ello, a efectos de identificación los análisis de la cadena de ADN se ciñen al estudio de los marcadores del ADN polimórfico o no codificante, que solo contienen información sobre identidad y sexo. De ahí la necesidad de la LO. 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, cuya promulgación se justifica en el apartado 1º de su preámbulo, de la siguiente manera: en el año 2003, y mediante lo dispuesto en la Disposición Final Primera LO. 15/2003 de 25.11, de modificación del CP, se reformó la LECrim, a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación. La nueva redacción dada a los arts. 326 y 363 LECrim, consistió, esencialmente, en regular la posibilidad de obtener ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación.

Sin embargo la reforma no contempló otros aspectos importantes, como la posibilidad de crear una base de datos en la que de manera controlada e integral, se almacenase el conjunto de los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que pudieran ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos. Estas carencias, unidas a otros factores de naturaleza diversa, ponen de manifiesto la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para la investigación de determinados delitos.

Bien entendido que, en consonancia con lo razonado ut supra, la LO. 10/2007 EDL 2007/152207, solo permite la toma de muestras biológicas para obtener el ADN no codificante que es el que se inscribe en tal Base de Datos a los solos efectos de identificación y sexo”.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, nuestro TC en STC del pleno de 13 de febrero de 2014 establece que: "La primera queja formulada por los recurrentes es la referida a la vulneración de su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) como consecuencia de haber procedido la policía autonómica vasca, sin su consentimiento ni autorización judicial, a extraer el ADN de muestras biológicas obtenidas de cigarrillos arrojados por los demandantes en la vía pública.

En la STC 199/2013, de 5 de diciembre, tras recordar la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero; y 206/2007, de 24 de septiembre), así como a determinados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ponen de manifiesto que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper c. Reino Unido; y decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso Van der Velden c. Países Bajos), concluimos que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo suponía una *injerencia en el derecho a la privacidad* por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (FJ 6 in fine).” Ahora bien, tras reconocer nuestro Alto Tribunal dicha injerencia en la intimidad busca su justificación al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sitúa la cuestión en la “justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). Y así, en la primera de las resoluciones citadas, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justificase la injerencia apreciada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado - conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos- de aquellos otros casos en los cuales “la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido”. El reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso “con vestigios anteriores conservados en la base de datos”.

La censura se realiza, por tanto, a la conservación de los datos personales, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente”. A su vez, en la decisión de inadmisión anteriormente citada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada, prevista legalmente, resulta razonable en atención a que se impone a los condenados por delitos de cierta gravedad y que, a la postre, podría incluso beneficiarles al favorecer su exclusión de una eventual lista de sospechosos”.

Por su parte el TC, en las SSTC 70/2002, de 3 de abril (FJ 10); 89/2006, de 27 de marzo (FJ 3); y 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4), señala que “los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla

b).- Objetivos de las bases de datos de ADN con fines de investigación penal.

Es desde la óptica de Derecho Procesal desde la que deben estudiarse los aspectos procesales más importantes de esta modalidad de pericia:

- En primer lugar, el relevante papel de los derechos del investigado como referente primero en su realización.
- En segundo lugar, los principios que rigen su práctica;
- En tercer lugar, los requisitos exigidos para la toma de las huellas o vestigios, las llamadas muestras;
- En cuarto lugar, su valoración probatoria, en donde habrá de tratarse necesariamente la controvertida cuestión de las consecuencias de su infalibilidad; y
- Finalmente, el nada desdeñable problema, nacional e internacional, del almacenamiento de los resultados en bases de datos y su utilización posterior en otros procedimientos⁸³.

El objetivo de la creación de bases de datos en el seno de la Administración de Justicia, no es otro que la consulta y comparación de dos tipos de perfiles de ADN: el obtenido, de un lado, del cuerpo del investigado mediante una intervención corporal o no (en este último cabrían las muestras abandonadas: esputo, cigarrillo) y, de otro, los perfiles dubitados, aquéllos abandonados en la escena del crimen o en cualquier otro lugar relacionado con éste. En esta búsqueda, automatizada, se pretende alcanzar una coincidencia o “match” entre los meritados perfiles⁸⁴. Igualmente, y con el fin de armonizar

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 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: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es 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, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”

⁸³ Vid GÓMEZ COLOMER, J.L.; *“La prueba de ADN en el proceso penal”* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Octubre de 2014. En igual sentido

⁸⁴ Vid BAUTISTA HERNÁEZ, A.; *“Bioderecho internacional y europeo. Desafíos actuales”*. (Coordinador José Manuel Sánchez Patrón). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014. Pág. 91. Con miras a su posible afección a derechos fundamentales, debemos decir que los índices de referencia estarán basados en la parte no codificante del ADN, pero los ficheros nacionales sí podrían contener no solo trazas de ADN de la parte no codificante, sino también de la codificante, pues no se prohíbe expresamente en la Decisión ni se establece un numerus clausus de los elementos que contendrán los ficheros nacionales de ADN. Además, la Decisión establece que en caso de match o hit se puedan transferir tales perfiles a otro Estado. Esto no se hace de forma automática, pero si hay una coincidencia, entonces a nivel individual, caso por caso, sí pueden transferirse los perfiles de ADN junto con información relativa al fichero nacional, en la que podrán contenerse datos personales.

dichas búsquedas y siempre en el afán de colaboración transfronteriza de los Estados en su lucha contra el crimen, se han pretendido homologar científicamente los protocolos de búsqueda, con el fin de coordinar dicha búsqueda con las diferentes bases de datos transfronterizas, al objeto de poder constatar la existencia de otros actos delictivos, de un sujeto determinado, fuera de nuestra nación o encontrar al autor fuera de nuestras fronteras, de no haber sido posible obtener e introducir en España su ADN en las bases de datos⁸⁵.

Las coincidencias o match citadas lo serán entre un perfil indubitado y otro dubitado, con lo que tendremos un indicio que apunte la autoría del hecho por un sujeto o entre perfiles dubitados, siempre y cuando el sujeto haya reincidido y su perfil hubiera sido incorporado con anterioridad a la base de datos, con lo que podrá apuntar hacia un sujeto determinado la comisión de varios hechos delictivos, aunque aún no haya sido posible su identificación. En el primero de los casos, el resultado de dicha prueba pericial podrá ser aportado al proceso para, junto con el resto del acervo probatorio aportado, fundamentar una posible condena. En el segundo, restará apuntar al responsable de los mismos y esperar a su detención para poder contrastar su muestra con las que en ese momento ya constaran en la base de datos. Por último, en caso de no coincidencia entre las muestras, dicha prueba será considerada como prueba de descargo con todos los pronunciamientos que ello conlleva.

Evidentemente, los ficheros son una eficaz herramienta de investigación para la policía judicial, puesto que posibilitan orientar las investigaciones en una determinada dirección, formular hipótesis, etc., sin que, en modo alguno, se trate de una herramienta incriminatoria o probatoria en sí misma considerada⁸⁶. Podemos afirmar que la funcionalidad del archivo se circunscribe a:

- Por una parte, poder contar con los vestigios procedentes de personas condenadas cuando hay riesgo de reiteración delictiva, de modo que si se vuelve a delinquir y se abandonase en la escena del delito una muestra biológica, sea posible demostrar con el oportuno cotejo su presencia en dicho lugar.

- Por otro, comprobar la coincidencia de las muestras genéticas obtenidas de las inspecciones técnicas policiales con la de un sospechoso concreto, pudiendo comprobar además su intervención en otros delitos⁸⁷.

⁸⁵ Vid DE HOYO SANCHO, M.; *“Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?”*. Dir. CABEZUDO BAJO. M.J. Ed. Dyckinson. Madrid 2013. Pág. 68. En todo caso, el Convenio de Prüm surgió con la vocación de que su contenido, principalmente sus fundamentos jurídicos y técnicos llegaran a integrarse en el “acervo comunitario”. En igual sentido vid BAUTISTA HERNÁNDEZ, A.; *“Bioderecho internacional y europeo. Desafíos actuales”*. Op. cit. Pág. 91 y ss.

⁸⁶ Vid ALVAREZ GONZÁLEZ, S.; *“Derechos fundamentales y protección de datos genéticos”*. Ed. Dyckinson. Madrid. 2014. Pág. 479

⁸⁷ La introducción de los perfiles de condenados (además de los de los procesados no condenados que no soliciten su borrado) se produciría por aquellos delitos que el legislador hubiera considerado Además del cambio introducido por la LO 1/2015 en nuestro Código

Para el logro de estas finalidades dispone el artículo 3 LO 10/2007, de 8 de octubre. Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial lo siguiente:

“1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados. b) los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

Artículo 4. Tipos de datos. Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.”

La inscripción atiende a criterios de gravedad y posibilidad de investigación a través de vestigios biológicos, aunque en nuestra opinión ese no debería ser su significado primordial, habida cuenta que, aún en el caso de que no haya muestras con las que contrastar y dada la finalidad de evitar la reincidencia delictiva, siempre deberían ser tomadas muestras indubitadas de los sujetos sometidos a investigación por unos determinados delitos (aunque en el caso de producirse sentencia absolutoria o sobreseimiento de actuaciones pudieran instar la cancelación de la anotación), así como en el

Penal: "Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad."

caso de alta probabilidad de reincidencia delictiva⁸⁸. Ésta parece ser la solución que mejor se compadece con el principio de proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, como así lo sostuvieron en su momento voces tan autorizadas como la de ETXEBERRÍA GURIDI⁸⁹.

La regulación actual sólo permite su empleo en la investigación por delitos graves y en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio (siempre que sean realizados con fuerza en las cosas, violencia o intimidación en las personas), así como en los casos de delincuencia organizada. Además, las bases de datos de perfiles de ADN gozan de una carencia evidente: tan sólo se cuenta con los datos de sujetos que hayan cometido delitos con anterioridad, lo que excluye a aquellos que no hubieran sido investigados o los que cometieren su primer delito, lo que plantea la siempre espinosa cuestión de la obtención del perfil genético de toda o parte de la población en orden a la prevención e investigación de delitos. Además hasta la reforma del Código Penal de 2015 no era posible el recurso a la vis compulsiva para obtener la muestra de un investigado, con lo que, en caso de no ser aportada voluntariamente, dicho perfil tampoco constaría en la base de datos y sería imposible su contraste. Tras ser éste uno de los caballos de batalla de la doctrina, el legislador corrigió dicho extremo y ahora un sujeto puede ser compelido a fin de aportar su perfil de ADN, recurriendo a la compulsión, si ello fuera preciso, siempre que constase la autorización judicial correspondiente⁹⁰.

⁸⁸ Vid CASADO, María y GUILLÉN, M.: ADN forense: “problemas éticos y jurídicos”. Ed. Univers. Barcelona. Pág. 306. Así se configuró en los anteproyectos del 95 y del 98, en los que sólo se permitía la introducción de perfiles de la escena del delito y condenados, mientras que el de los sospechosos sólo se podían cotejar con la base en el seno de una investigación concreta y mediante autorización judicial, pero sus datos no podían ser incorporados hasta que no recayese sentencia condenatoria

⁸⁹ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La L.O. 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Diario la Ley, núm. 6901, 11 de marzo de 2008

⁹⁰ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal” (Coord. MORENO CATENA, V). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015. Pág. 616 En el marco de este debate, la STC 37/1989 se mostró tajantemente contraria al empleo de la coacción física (“en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física”) en caso de negativa de la inculpada a someterse a la ejecución de la intervención corporal por considerar este supuesto “degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución”. Esta resolución suscitó una interesante polémica doctrinal entre quienes entendían que la misma contenía una prohibición extensible a otros supuestos de intervención corporal, y entre quienes estimaban que dicha prohibición afectaba exclusivamente al supuesto en cuestión (inspección ginecológica), por lo que no cabía excluir absolutamente el uso de la vis física. Más concretamente respecto de las intervenciones corporales orientadas a la obtención de muestras para la realización de análisis de ADN, ha resuelto nuestro Tribunal Supremo que en caso de negativa “no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado” (STS 107/2003, de 4 de febrero). Dicha discusión doctrinal quedó zanjada en la reforma penal de 2015 autorizando el recurso a la vis compulsiva en caso de negativa de someterse al análisis de ADN. Entre los partidarios de la prohibición a raíz de la sentencia citada, se cita a: C. HERRERO HERRERO, “Registros y otras indagaciones de instrumentos de prueba en el ámbito corporal de las personas”, BIMJ, 1990, nº 1576, p. 86; A. MONTÓN REDONDO, Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 195; J.A. DÍAZ CABIALE, “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, CGPJ, Madrid, 1992, p. 142; M.I. HUERTAS MARTÍN, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la

c)- La cuestión de la extracción de muestras de ADN a colectivos determinados

• *Planteamiento general*

Existen voces que se apresuran a dar solución al problema de la limitación de la inscripción, creando un fichero universal de perfiles de ADN de toda la población, generalmente a partir de la mayoría de edad penal, alegando que podrían funcionar de la misma manera que el SAID o base de datos de huellas digitales, herramienta que dotaría a la policía judicial de información muy valiosa, no sólo en investigación de delitos, sino también en la de cadáveres y desaparecidos⁹¹. Y ello avalado por la escasa entidad de la injerencia física, al igual que sucede con las huellas digitales, si bien cabe hacer una reserva: el cotejo de las huellas solo está permitido con la base de datos a la que hacíamos referencia, de uso conjunto por parte de la Guardia Civil y Policía nacional, en la que constan sólo las de aquellas personas que han sido detenidas, sin poder cotejar dicha huella con las habidas en la base de datos del DNI, salvo autorización judicial, lo que haría igualmente de escaso valor la compilación de esos datos de ADN si no pueden ser utilizados con carácter generalizado.

Para otro sector doctrinal dicha posibilidad debería estar vetada: “Sin duda la posibilidad de tener un fichero universal de datos genéticos de la totalidad de la población es una poderosa llamada al interés de los investigadores, puesto que será mucho más fácil la investigación y el cotejo de muestras”⁹². “De este modo y con la obtención del más mínimo vestigio humano en la escena del crimen, se podría cotejar con los datos de la base general, consiguiendo así la identificación del presunto autor de los hechos (...) y se podrían obtener resultados altamente satisfactorios en la investigación criminal”⁹³. Pero ello implica un coste, no sólo económico, sino también

prueba, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 408-409; E. DE URBANO CASTRILLO, La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, (con TORRES MORATO), Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 93. A favor de la interpretación limitada de la sentencia o del empleo proporcionado de la fuerza física: J.M. ASECIO MELLADO, Prueba prohibida y prueba preconstituida, Trivium, Madrid, 1989, pp. 152 y 143-144; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990, pp. 288 y 290; A. GIL HERNÁNDEZ, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Colex, Madrid, 1995, pp. 63-66; L. GÓMEZ AMIGO, Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 43-52. La posterior STC 207/1996, de notable importancia sobre la materia, no contiene un pronunciamiento tan tajante. Pero sí condiciona la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales —como es el caso— a la consideración de todas las circunstancias concurrentes, así como “la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida”. En igual sentido vid GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.; “El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN” Diario La Ley, Nº 8571, Sección Doctrina, 29 de Junio de 2015, Editorial LA LEY

⁹¹ Vid ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.: “Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal”. Op cit. Pág. 155

⁹² Vid ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.; “La prueba de ADN en el proceso penal”. Pág. 137. Editorial Comares. Granada. 2008

⁹³ Vid GUILLÉN VÁZQUEZ, M., PESTONI, C. y CARRACEDO, A.; “Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal”. Pág. 137 y sig.

individual que no es otro sino “el sometimiento forzoso de todos los ciudadanos a la realización de los análisis que sin relación alguna con un hecho delictivo, deben someterse a la práctica probatoria. Del análisis de la proporcionalidad entre los medios y los fines, se deduce su claro incumplimiento. Es cierto que países como el Reino Unido han optado por la creación de un fichero de datos de ADN a nivel poblacional completo, pero dicha creación no parece tener encaje en nuestro ordenamiento jurídico. De los diferentes embates modificativos legales, ninguno ha ido en esa dirección, dejando sólo la inclusión de los citados perfiles en los casos de detenidos e imputados por delitos graves”.⁹⁴

Este tipo de pruebas, han sido utilizadas en derecho comparado en países como el Reino Unido, por ejemplo, para investigar varias violaciones en el condado de Leicestershire (Reino Unido). Tras el análisis de los vestigios dejados por el agresor, todos ellos coincidieron en el ADN de un mismo individuo, que, tras un análisis de concentración de espermatozoides, se pudo deducir que el autor había de tener entre 13 y 30 años. La policía requirió entonces a todos los varones del condado a fin de someterse voluntariamente a la prueba de ADN. Se efectuaron alrededor de 5000 análisis, sin que ninguno de ellos diera resultado positivo. Pero lo cierto fue que el autor, según se supo más tarde, consiguió que un amigo suyo se presentara suplantando su personalidad. Éste fue el primer caso en el que se utilizó una modalidad masiva del análisis de ADN, si bien es cierto que la regulación de la que se ha ido dotando progresivamente Inglaterra y Gales en materia de ADN y su aplicación forense, constituye un ejemplo palpable de evolución normativa expansiva en

⁹⁴ No queremos desaprovechar la oportunidad para hacer un comentario sobre la creación de bases de datos a nivel de un determinado grupo de personas, cuestión ésta que no se encuentra recogida ni en la recomendación nº R (92)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1992, cuestión que se puso de actualidad y generó no pocas diatribas en el caso del asesinato en Algete (Madrid) de la joven Eva Blanco. El alcalde, con el objetivo de facilitar la investigación al grupo de homicidios de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, en noviembre de 1999, dictó un bando por el que requería la colaboración de los alrededor de 5.000 jóvenes del pueblo con el objetivo de aportar muestras de su ADN. Dicho bando recibió la adhesión de la práctica mitad de los jóvenes de la localidad (2013) pero dicha prueba fue inadmitida por el Juez Instructor, ya que tras su consulta la Fiscalía de Madrid, no apoyó la iniciativa popular, al considerar que no era constitucional la ejecución masiva de esta prueba, además de inútil, y suponía extender una sospecha generalizada sobre todas aquellas personas que, en el uso de su derecho, no se sometieran voluntariamente a la misma, lo que llevó al Juez de Instrucción a dictar Auto de 28 de febrero de 2000: “En cuanto la autorización para la práctica de realización masiva de ADN, la misma no se considera ni pertinente ni justificada teniendo en cuenta el estado de la investigación. La buena voluntad popular y la difusión informativa que ha tenido la solicitud no debe empañar el hecho de que la población voluntaria es inferior al realmente existente, en realidad no se dispone de ningún dato acerca del sospechoso, lo más probable es que éste no se haya presentado voluntario para la práctica de la prueba, y ha sido el propio Instituto Nacional de Toxicología el que ha puesto en duda el éxito de la diligencia, todo ello sin contar con el enorme esfuerzo monetario que supone y que no garantiza un resultado positivo”. Es reciente el resultado que este suceso ha arrojado en los medios judiciales, finalizando con la detención del posible autor del crimen de Eva Blanco cuya identificación ha tenido lugar, según lo manifestado por los diferentes medios de comunicación por la toma de muestras a un hermano de éste, quién al parecer en su momento se ofreció voluntario a la prueba de ADN, sin duda desconocedor de que fuera su hermano el sujeto agresor.

la materia⁹⁵.

Siguiendo la exposición de ETXEBERRIA GURIDI⁹⁶, los mecanismos utilizados en el ordenamiento inglés y galés con el objeto de facilitar el empleo de las técnicas de ADN en el proceso penal, girarán en torno a la disminución del umbral preciso para poder practicar las intervenciones corporales necesarias para la obtención de muestras biológicas. Para ello se procederá, de un lado, a la ampliación del catálogo de delitos que justifica una obtención de muestras y, de otro, a la ampliación de los supuestos en los que, en ausencia de consentimiento del afectado, procede emplear la coacción física para dicha obtención⁹⁷.

No podemos ignorar que, en semejantes supuestos, normalmente relacionados con delitos graves de gran repercusión social --asesinatos, violaciones, violaciones en serio, etc.--, negarse a prestar el consentimiento a la prueba de ADN puede constituir razón más que suficiente para convertirse en sospechoso⁹⁸. En Alemania se utilizó esta modalidad en enero de 1996 tras los asesinatos de una niña de 9 años y, en marzo de 1998, de otra de 15. En ambos casos, las niñas iban en bicicleta y fueron apuñaladas, con una distancia entre un suceso y otro de 20 kilómetros de distancia. Se llevó a cabo una intensa campaña en los medios de comunicación fijando también carteles por las calles. Se citaron a 15.000 varones en 12 municipios de un área de 1.200 kms cuadrados. Se presentaron voluntariamente para el análisis

⁹⁵ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; “*La prueba de ADN en el proceso penal*” Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Pág. 299 y ss. Esta cuestión ha sido objeto de sucesivas reformas normativas desde la inicial *Police and Criminal Evidence Act (1984)* --en adelante PACE-- con el innegable propósito de extender el recurso a dichas técnicas. En primer lugar mediante la *Criminal Justice and Public Order Act (1994)* y posteriormente mediante la *Criminal Justice and Police Act (2001)*. Esta evolución concluye con una seria advertencia del TEDH --en forma de sentencia estimatoria de la violación del art. 8 CEDH -- en el asunto *S. y Marper c. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008.

⁹⁶ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; “*La prueba de ADN en el proceso penal*” (Coordinador GÓMEZ COLOMER, J.L.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014. Pág. 296 y ss.

⁹⁷ “Los test masivos se caracterizan por someter a una pluralidad de personas a los análisis de ADN, pero no por la concurrencia contra ellos de indicios concretos de participación en hechos criminales, sino por circunstancias genéricas tales como la pertenencia a una determinada población o comunidad, a un determinado sexo, a una determinada franja de edad, etc. Las razones para oponerse a esta modalidad de investigación son variadas y giran en torno a la lesión del principio de proporcionalidad y del derecho a la presunción de inocencia, pues tienen como fundamento, no su condición de sospechoso, sino consentir *libremente* someterse a la diligencia CANO CUENCA, A.: (Directores: Vicenta Cervelló Donderis y Francisco Antón Barberá) “Estudios sobre ciencias de la seguridad policía y seguridad en el estado de derecho”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Pág. 103. Este precepto, pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes y decididamente abordadas en el derecho comparado, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio ya proclamado por esta Sala, el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN. De acuerdo con su contenido, resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados. La Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger las huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, 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.

⁹⁸ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; “*La prueba de ADN en el proceso penal*” Óp. cit. Págs. 299 y ss.

aproximadamente el 60% de la población. Tras ello, fueron solicitados aquéllos que no se habían presentado, consiguiendo también un importante número de muestras. El responsable fue hallado entre estas muestras, ya que había sido cotejado con anterioridad su ADN en otro delito sexual. Había comparecido voluntariamente en la primera tanda, sin tener que haber sido solicitada de nuevo su colaboración. En Alemania dicha posibilidad solo puede ser efectuada en caso de voluntariedad, puesto que aunque el Código Penal Alemán permite la coerción para la aportación de muestras, ésta sólo es posible en el caso de que haya existido una sospecha fundada y la persona se encuentre bajo el estatus legal de inculpado. Existen otros numerosos ejemplos de estos test masivos, tanto en nuestra legislación, como en la de derecho comparado con uno y otro resultado.

En la R.F.A., la incorporación legal de los denominados *test masivos* de ADN, se hizo realidad con la reforma de 2005⁹⁹; reforma que incorpora, en la StPO¹⁰⁰, por vez primera, la posibilidad de recurrir a los test masivos de ADN, si bien con determinadas limitaciones:

- Ha de tratarse de infracciones de gravedad (contra la vida, contra la integridad corporal, contra la autodeterminación sexual...);
- Se debe respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, es decir, la medida no ha de ser desproporcionada respecto de la gravedad del hecho cometido, atendiendo, especialmente, al número de personas afectadas y siempre y cuando no se hayan agotado otros medios de investigación menos lesivos al derecho a la intimidad;
- Se requiere una orden judicial motivada; y
- El afectado ha de manifestar por escrito su consentimiento, previa información, también por escrito, de los términos del consentimiento.

• *En el ordenamiento español*

A falta de regulación expresa y ante la escasa jurisprudencia que aborda esta cuestión, habremos de colegir que el principio que ha de servir de guía no es otro sino el de **proporcionalidad**, sobre el que debe girar todo el debate. Así lo entendió la Audiencia Provincial de Huesca, mediante Auto de 4 de febrero de 1998, en una solicitud de la Acusación Particular personada en un homicidio destinada a la práctica de la prueba de ADN por una pluralidad de personas, resolviendo del siguiente tenor literal:

“la medida propuesta en el apartado quinto: extracción de sangre a varias personas para averiguar su ADN y compararlo con el del chicle hallado en las proximidades del lugar dónde apareció el cadáver, siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1996 debe calificarse como una de las posibles intervenciones corporales...No cabe

⁹⁹ FERNANDO REVIRIEGO PICÓN: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales” Revista General de Derecho Constitucional 16 (2013). Madrid. 2013. Pág. 32 Con anterioridad el Tribunal Constitucional Federal alemán no había encontrado objeción a dicho supuesto, en el que se solicitó el sometimiento a la prueba de ADN a todos los propietarios de un determinado modelo de la marca Porsche de color rojo y matriculados en Múnich. Cabe destacar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ya se pronunció sobre esta cuestión, admitiendo la proporcionalidad de la medida y que hace poco más de un lustro se reformó su Código Procesal Penal en orden a incorporar de forma expresa este tipo de diligencias.

¹⁰⁰ La StPO, es el equivalente a nuestra la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

acordar esta medida indiscriminadamente respecto a una pluralidad de personas contra las que, de momento, no existen indicios de haber participado en el delito objeto del sumario, pues tales medios de prueba solo pueden acordarse cuando concurren una serie de requisitos que pormenorizadamente desgrana la citada sentencia entre los que cabe destacar el relativo al principio de proporcionalidad”.

La realización de dichos test masivos parece invitar a pensar en una modalidad indiscriminada de la prueba, pero cabría un argumento en contrario, y es la definición de una serie de características que definan el grupo al que va dirigido. Pensemos por ejemplo en dicha limitación, en el caso de un homicidio en un pueblo de Murcia de 2000 habitantes, homicida al que vieron utilizar un Porsche de un modelo muy exclusivo. A mayor concreción, menos desproporcionada sería la medida y más idónea¹⁰¹. Quizás podría limitarse dicha búsqueda a tres sujetos determinados. En estos casos además de la proporcionalidad, el elemento definitorio deberá ser el subprincipio de **idoneidad**, siguiendo la guía que establece –entre otras- la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, al decir: “se ha de constatar si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre bienes o valores en conflicto, o que la medida, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes”. A lo anterior habrá que añadir el análisis que se haga del consentimiento prestado en este tipo de pruebas, especialmente desde que se reguló la posibilidad de coerción sobre el sujeto al que interesa someter a la prueba de ADN, por lo que dicho análisis sólo podrá ser realizado en caso de una fuerte sospecha de intervención en el hecho delictivo y bajo autorización judicial¹⁰².

d).- Evolución de las pruebas de ADN en el entorno europeo¹⁰³.

Inglaterra y Gales

En la PACE (1984)¹⁰⁴, para la obtención de muestras íntimas (sección

¹⁰¹ GUILLÉN, M.; “La práctica del análisis de ADN a grupos de personas: una problemática modalidad de investigación”. Boletín Gallego de Medicina Legal y Forense núm. 13 noviembre 2004.

¹⁰² CASTILLEJO MANZANARES, R.; “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”. Diario La Ley, Nº 8213, Sección Doctrina, 17 de Diciembre de 2013, Editorial LA LEY. Siendo esto así, resulta inaplicable por lo así dispuesto en la LO 10/2007, en tanto en cuanto la intervención solo podrá ser llevada a cabo, tras la correspondiente resolución judicial, en la persona del sospechoso, detenido o imputado. Si lo entendiésemos de otro modo, resultaría vulnerado el principio de proporcionalidad, en cuanto exige que, por la naturaleza fundamental de los derechos afectados por los análisis de ADN, la práctica de la diligencia se base en la existencia de indicios o sospechas de criminalidad contra el sujeto afectado por las mismas. Y no cabría en ningún caso pretender que la inexistencia de sospechas sea sustituida por el consentimiento prestado libremente por los sujetos sometidos a la misma.

¹⁰³ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; “La prueba de ADN en el proceso penal”. Op. cit. Pág. 296 y ss.

62-2) y de muestras no íntimas (sección 63-4) se exigía la autorización de un oficial de la policía con el rango, al menos, de superintendente, y que concurrieran motivos razonables para sospechar la implicación de la persona afectada en un *serious arrestable offence*. Estas infracciones se caracterizaban por la concurrencia de una innegable gravedad. La sección 118 -1 PACE con remisión a la sección 24 PACE, concretaba el significado de las *arrestable offences*, esto es, el mismo precepto que regulaba las facultades para proceder al arresto de una persona sin la correspondiente orden (*warrant*).

Todo ello considerado se nos puede representar como similar a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico: una gravedad en el delito y unos criterios razonables de presunción de intervención del sujeto. Siguiendo el principio de proporcionalidad, cumpliendo las notas esenciales que caracterizan dicho principio: principio valorativo, principio ponderativo y principio de contenido material, no meramente formal.¹⁰⁴

Ponderativo en tanto en cuanto que presupone el estudio de la relación empírica medida-finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad y cuyo campo de aplicación se encuentra en el terreno de los valores.

Principio ponderativo porque ha de valorar o ponderar los valores e intereses involucrados en el caso concreto, ponderación entre fines y medios.

Y, por último, como principio de contenido material, ya que el modo de efectuar la medición de los intereses enfrentados, consiste en establecer unos criterios de medición y advertir cuáles son los valores preferentes.

ETXBERRÍA GURIDI¹⁰⁶ dibuja el avance expansivo de dicha normativa: “sin perjuicio de que el apartado segundo estableciera numerosas excepciones a la regla general, ésta, contenida en el apartado primero de la sección 24 PACE, facultaba a proceder al arresto si el hecho presuntamente cometido comportase una pena de reclusión no inferior a cinco años. La posterior CJPO (1994) reducía considerablemente el umbral de gravedad de los hechos criminales que justificaban la práctica de una intervención corporal para obtener muestras. La sección 54-3b (para la obtención de muestras íntimas), y la sección 55-3 (para la de las no íntimas) de la CJPO, modificaron la anterior regulación y a partir de entonces se considerará motivo suficiente que las

¹⁰⁴ Esta cuestión ha sido objeto de sucesivas reformas normativas desde la inicial *Police and Criminal Evidence Act (1984)* --en adelante PACE-- con el innegable propósito de extender el recurso a dichas técnicas. En primer lugar mediante la *Criminal Justice and Public Order Act (1994)* --en adelante CJPO-- y posteriormente mediante la *Criminal Justice and Police Act (2001)* --en adelante CJP--. Esta evolución concluye con una seria advertencia del TEDH --en forma de sentencia estimatoria de la violación del art. 8 CEDH -- en el asunto *S. y Marper c. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008.

Esta fundamental sentencia ha sido objeto de varios comentarios, entre otros: REVERON PALENZUELA, B: "El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper c. Reino Unido)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2009, núm. 30, pp. 171-192 y del propio ETXBERRÍA: "La sentencia del TEDH 'S. y Marper c. Reino Unido', de 4 de diciembre de 2008, sobre ficheros de ADN y su repercusión en la normativa española", *Derecho y Nuevas Tecnologías*, AA. VV. (A.I. HERRÁN/A. EMALDI/M. ENCISO coord.), Vol. 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pp. 393-406.

¹⁰⁵ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal". Ed. Colex 1990 Madrid. Pág. 226.

¹⁰⁶ Vid ETXBERRÍA GURIDI, J.F.; "La prueba de ADN en el proceso penal". Op. cit. Pág. 299 y ss.

infracciones causantes de la extracción de muestras, pertenezcan a la categoría de *recordable offences*. Las infracciones penales comprendidas en esta categoría eran muy heterogéneas y en la misma se incluían, evidentemente, las que tenían señalada pena privativa de libertad, pero también otras infracciones no sancionadas con dicha pena”.

Con la CJPO se incorporó otra modificación en el régimen instaurado por la PACE, con la finalidad de facilitar la práctica de las extracciones de muestras. En concreto, se altera la clasificación de las muestras íntimas y las que no lo son. La razón no puede ser más evidente: la categorización de una muestra como no íntima permite el empleo de la coacción física en el caso de que el afectado no preste su consentimiento (sección 63-1 y 3 PACE). Si la muestra es íntima, en cambio, no procede el uso de la coacción (sección 62-1 PACE). Además, la sección 59 CJPO de 1994 altera la PACE de 1984, convirtiendo en no íntimas muestras u orificios naturales que antes lo eran. Originariamente todos los orificios corporales tenían la consideración de íntimos y no procedía el uso de la fuerza razonable para practicar registros en ellos *-search-* en caso de ausencia de consentimiento. Con la reforma indicada, la boca y la saliva pierden tal condición y pasan a ser no íntimas, con lo que se facilita la práctica de los análisis de ADN.

Posteriormente, la sección 82 de la *Criminal Justice and Police Act* (2001), modificó la PACE con el fin de conservar muestras y huellas almacenadas en ficheros aunque hubiera recaído una resolución absolutoria. Esta posibilidad fue objeto de censura por desproporcionada en la sentencia del TEDH en el asunto *S. y Marper c. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008.

Alemania

En la República Federal alemana se experimentó una evolución expansiva similar a la que hemos advertido en Inglaterra y Gales, que llevó a suavizar las iniciales prevenciones y garantías que rodeaban el empleo de las técnicas de ADN en el proceso penal¹⁰⁷. Esta inicial regulación -según ETXEBERRÍA GURIDI-, fue objeto de sucesivas reformas en un esfuerzo de adaptación encomiable, pero el colofón final a ese proceso expansivo se produce fundamentalmente con la Ley de reforma de la StPO de 12 de agosto de 2005.

Conforme a la redacción en 1997 del 81f (1) StPO, las investigaciones genéticas practicadas sobre muestras, tanto obtenidas del inculpado o de terceros, como de las halladas, sólo podían ser ordenadas por un Juez. Esta reserva judicial exclusiva chocaba con la cesión a favor de la Fiscalía o de sus ayudantes para casos de urgencia en la práctica de las intervenciones corporales previas¹⁰⁸. Con la reforma de 2005 ya no es necesaria la orden judicial para realizar análisis de ADN sobre vestigios de personas desconocidas. Además, en Alemania las muestras de ADN ha sido regulada

¹⁰⁷ Todo ello desde su incorporación mediante la reforma de la StPO por ley de 17 de marzo de 1997.

¹⁰⁸ La razón no puede ser más obvia. Pueden concurrir motivos de urgencia para la obtención de las muestras o vestigios, pero no para la posterior realización de los análisis de ADN

siguiendo criterios de proporcionalidad habiendo de concurrir alguno de los siguientes presupuestos¹⁰⁹:

- Consentimiento de la persona afectada;
- Que concorra un peligro por el retraso por el que se autorice a la Fiscalía o a sus auxiliares (lo que ha provocado una discusión doctrinal sobre si éstos últimos habían de ser autorizados) ordenar el análisis de ADN.
- Para su aplicación ha de concurrir "peligro por la demora" (*Gefahr im Verzug*).¹¹⁰

Asimismo, como reflejo igualmente de la idea de debilitamiento de las prevenciones que acompañan al proceso de evolución normativa en la materia, hemos de hacer referencia a las reformas vinculadas con el 81 g StPO que prevé que los resultados del análisis de ADN obtenidos en un proceso concreto, puedan ser utilizados en un proceso futuro. Para ello se precisa: a) que los hechos sean de cierta gravedad o significación (*Straftat von erheblicher Bedeutung*) o delitos contra la libertad sexual; y, b) que por la modalidad del hecho o de su ejecución o por la personalidad del inculpado o por otras circunstancias conocidas, exista fundamento para suponer que se incoará en el futuro contra el mismo sujeto otro proceso penal por hechos similares. La modificación legislativa está vinculada con el catálogo de delitos en el que procede aplicar esta medida¹¹¹.

Por último, se hace obligado advertir que, en lo que se refiere a la existencia de garantías aplicables al procedimiento, el artículo 81.a de la StPO, que regula que las intrusiones corporales, dispone que tienen que llevarse a cabo "*lege artis*" por un médico en un hospital y tan sólo en el supuesto de que no exista riesgo de daño para la salud del inculpado¹¹².

Francia

El proceso seguido en Inglaterra, Gales y en Alemania, no es diferente a lo ocurrido en la legislación francesa. También aquí se ha producido una evolución expansiva similar.

¹⁰⁹ Vid. HELENA SOLETO; *"Garantías y errores en la investigación penal ciencia versus memoria"*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016

¹¹⁰ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; *"La prueba de ADN en el proceso penal"*. Óp. cit. Pág. 299 y ss. Precisamente, en los trabajos y estudios que precedieron a la inicial regulación de 1997 (que, recordemos, garantizaba la competencia judicial exclusiva) se dejó claro que no procedía la autorización de la Fiscalía ni de sus auxiliares al carecer de incidencia la posible demora en la realización de los análisis genéticos. En efecto, conservadas las muestras con las debidas cautelas, la información genética de interés forense no se altera

¹¹¹ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; *"La prueba de ADN en el proceso penal"*. Pág. 301. Respecto de los delitos contra la autodeterminación sexual, el § 81 g StPO contenía y contiene en la actualidad una relación cerrada de tipos. En relación a los delitos de importancia considerable, con anterioridad a la reforma se hacía una relación ejemplificativa, no cerrada (*insbesondere*), que abarcaba los delitos graves o crímenes, las lesiones corporales graves, los robos en forma especialmente gravosa y las extorsiones. Con la reforma de 2005 desaparece el listado no cerrado de delitos de importancia considerable.

¹¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, L., DELGADO CÁNOVAS, J., DE MIGUEL MORANTE, R. y VILLEGAS GARCÍA, M.A.; *"Doctrina del tribunal europeo de derechos humanos"*. 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Pág. 2020.

Tras una primera regulación muy restrictiva en cuanto al ámbito de aplicación y de los requisitos exigibles (afortunadamente garantista entonces), tuvo lugar un proceso de extensión notable en cuanto a su ámbito de aplicación y un relajamiento también considerable de las garantías que rodean la realización de análisis de ADN y a la incorporación de los resultados a ficheros o bases de datos. La primera incorporación al ordenamiento procesal penal francés en materia relativa al empleo de técnicas de ADN se produce mediante la Ley nº 98-468, de 17 de junio de 1998, que modifica el *Code de Procédure pénale* (CPP) incorporando un nuevo precepto, el art. 706-54 por el que sea crea un fichero nacional automatizado de huellas genéticas.

Según ETXEBERRÍA GURIDI¹¹³, “las restricciones antes mencionadas que rodean el empleo de estas técnicas genéticas y la inclusión de los resultados en el fichero son notables. Para comenzar, y a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en España, se trata de un fichero único (nacional y centralizado) sometido al control de un magistrado. Además, su finalidad está limitada inicialmente a facilitar la identificación y búsqueda de autores de infracciones sexuales. De otra parte, la incorporación de la información genética al fichero está condicionada a la previa condena de los infractores. Junto a ello, si en el futuro se pretende contrastar algún perfil de ADN con los que constan en el fichero nacional, resulta preceptiva la petición del Juez Instructor o del Fiscal y han de concurrir indicios graves y concordantes contra el presunto autor de los hechos.

La mencionada regulación ha sido objeto de varias reformas. Los ámbitos a los que se extiende el efecto expansivo de las reformas son varios. Por ejemplo, la considerable ampliación de las infracciones penales justificativas de la incorporación de perfiles de ADN al fichero nacional. Como se ha indicado, el fichero comprendía inicialmente perfiles genéticos procedentes de procesos relativos a hechos vinculados con infracciones sexuales contra menores, con la ventaja, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que se contenía una relación cerrada de las mismas (art. 706.47 CPP). La reforma del año 2001 añade a las infracciones sexuales contra menores, un amplio catálogo de delitos, pero manteniendo en todo caso la gravedad de los mismos. La reforma del año 2003 vuelve a ampliar este catálogo de delitos añadiendo a los crímenes, necesariamente graves, delitos pertenecientes a una categoría de menor gravedad en la escala punitiva (delitos de estafa, amenazas, explotación de la mendicidad, etc.).

La que refleja con mayor claridad esta deriva expansiva es la relativa a la situación procesal en que se encuentra la persona cuyos perfiles de ADN se incorporan al fichero. Originariamente, y ello no es objeto de modificación por la reforma de 2001, la incorporación de los perfiles de ADN al fichero nacional exige que la persona de quien proceden haya sido condenada por las infracciones de índole sexual mencionadas. Con la Ley de 2003 ya no será necesaria la condena de la persona afectada para la conservación de sus perfiles, siendo suficiente con la existencia de "indicios graves o concordantes que hagan verosímil que hayan cometido alguna de las infracciones mencionadas en el art. 706-55 CPP". Además, para poder contrastar una determinada huella genética con las ya existentes en el fichero nacional, no será precisa en adelante la concurrencia de "indicios graves y concordantes" contra la persona afectada (art. 706-54 CPP según la Ley de 1998), sino que

¹¹³ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba de ADN en el proceso penal” Op. cit. Págs. 299 y ss.

será suficiente con que concurren "una o varias razones plausibles para sospechar" la participación en el hecho delictivo (mismo precepto según la Ley de 2003)".

e).- Su regulación en la Unión Europea.

El Consejo de Europa fue pionero en legislación sobre protección de datos, publicando el Convenio 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, vigente hasta el año 2008¹¹⁴; convenio que no incluía mención alguna a datos de ADN, (recordemos que la primera vez que dicha prueba fue utilizada en los Tribunales lo fue en la Inglaterra de 1988 por unos asesinatos cometidos en los años 83 y 86).

El Consejo de Europa dictó dos recomendaciones al respecto, si bien de carácter no vinculante:

- Recomendación R (87) del comité de Ministros que pretendía regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía. Un gran avance sobre la finalidad, conservación y ejercicio de derechos de los ficheros policiales¹¹⁵.
- Recomendación R (92) 1 del Comité de Ministros sobre la

¹¹⁴ Vid. TRONCOSO REIGADA, A; "La protección de datos personales en busca del equilibrio". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág. 56. El desarrollo de la informática en todos los países europeos exigía una normativa que facilitara el intercambio de datos y las relaciones institucionales y comerciales entre los distintos países, evitando los paraísos de datos. Por ello, el Consejo de Europa trabajó a través de un conjunto de Resoluciones para proteger los derechos de las personas frente a la amenaza de la informática. Así, en primer lugar aprobó en 1968 la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo, sobre "los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos". El Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció una Comisión de Expertos con la finalidad de alumbrar una serie de proyectos orientados a la tutela de las libertades ante el desarrollo tecnológico. Los resultados de estas reuniones culminaron en 1973 y 1974, con la elaboración de dos Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa: la Resolución (73) 22, de 26 de septiembre, relativa a la "protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado", y la Resolución (74) 29, de 20 de septiembre, respecto a "la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector público". Estas dos Resoluciones afirman ya principios que se encuentran vigentes en la actualidad, como el de calidad de los datos, información sobre la finalidad, seguridad de los datos, derecho de acceso y cancelación, etc. Estas resoluciones, sin ser textos jurídicos vinculantes —como el Convenio 108 del Consejo de Europa—, constituyen los primeros textos a nivel internacional que contienen directrices dirigidas a los Estados, lo que influyó decisivamente en la legislación de esa época y permitió inicialmente la armonización paulatina y flexible de los textos legales europeos sobre protección de datos. Sin embargo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa fue pronto consciente de la necesidad de tener un texto jurídico vinculante para los Estados, con un carácter más amplio. Por ello, en la Resolución (76) 3 encarga a un nuevo Comité de Expertos en protección de datos el inicio de los trabajos preparatorios para la elaboración de un Convenio.

¹¹⁵ Vid. GONZÁLEZ CANO, M.I.: "Cooperación judicial penal en la Unión Europea". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015. la Recomendación R (87) 21 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, donde se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de éstas, entre las que se encuentra la mediación, y contiene la concreta previsión de fomentar las experiencias de ámbito nacional o local de mediación entre el delincuente y su víctima. Pág. 415

utilización de los análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco del sistema de justicia penal, definiendo el fichero de ADN como “toda compilación estructurada de los resultados de las pruebas de análisis de ADN, tanto los conservados en forma material como los ficheros realizados a mano, o en una base informatizada de datos”¹¹⁶.

Recomendación R (92) que recoge la utilización de laboratorios especialmente habilitados y el control de los análisis realizados, poniendo especial interés en la destrucción de muestras y datos, una vez desaparecida su justificación. Además instó a la estandarización y normalización del proceso de análisis de datos, no sólo en el ámbito nacional, sino también internacional.

Con posterioridad, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, abordó la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales, y a la libre circulación de estos datos, siendo la precursora de la publicación en España de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, con su actualización efectuada el 31/12/2003¹¹⁷; norma que excluye expresamente de su ámbito de aplicación, el tratamiento de datos con referencia a la cooperación judicial y policial¹¹⁸.

En ese ínterin se publicó la decisión marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, que compelió el cumplimiento por los Estados de forma obligatoria, si bien España ya lo hacía por la LOPD, aunque sin incluir anotaciones específicas en tema de ADN.

Actualmente es el tratado de Prüm¹¹⁹, firmado por el Reino de España el

¹¹⁶ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “La prueba de ADN en el proceso penal” Op. cit. Pág. 284. La citada Recomendación N° R (92) 1 aborda todas las cuestiones importantes vinculadas al uso del ADN en el proceso penal. Se refiere, por ejemplo, a la obtención de las muestras corporales mediante la realización de intervenciones corporales. También a la realización de los análisis de ADN, estableciendo algunos criterios acerca de su extensión, así como de los requisitos que han de cumplir los laboratorios que los realizan. Por último, con expresa mención del Convenio para la protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, se contienen propuestas bastante precisas sobre la protección de la información resultante de los análisis de ADN (conservación tanto de datos como de muestras)

¹¹⁷ Vid SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Los derechos de los particulares en la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal”. Diario La Ley, 2000, tomo 6, Editorial LA LEY

¹¹⁸ Materia que en aquella época no entraba dentro de la competencia comunitaria, si bien dicho extremo fue modificado tras la publicación del Tratado de Lisboa a partir del cual se incluyó definitivamente. Vid MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales”. Diario La Ley, N.º 5964, 27 de Febrero de 2004, Ref. D-50, Editorial LA LEY

¹¹⁹ Tratado y la Declaración del momento de su ratificación, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie A, núm. 230, de 17 de febrero de 2006. Dictamen emitido por la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, por el que se propone la pertinente concesión de autorización solicitada por el Gobierno al amparo de lo que dispone el artículo 94.1 de la Constitución para que el Estado pueda obligarse internacionalmente, ver el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie C, núm. 156-2, de 11 de abril de 2006.

27 de mayo de 2005, el que obliga al desarrollo interno en cuanto a las bases de ADN¹²⁰. Dicho tratado es incorporado al derecho de la Unión Europea desde el 2008 por las Decisiones del Consejo de la Unión 2008/615/JAI y 2008/616/JAI, ambas de 23 de junio. De esta manera, lo que en un principio se estableció como un tratado multilateral firmado por 7 estados miembros (Benelux, Alemania, Austria, Francia y España, a los que se sumaron posteriormente Italia y Finlandia), hoy constituye la norma que se aplica a todos sus Estados, constituyendo un acto jurídico normativo que obliga directamente en todos sus elementos, al no designar países concretos destinatarios.

La intención del Tratado consiste en reforzar la cooperación, incrementando el intercambio de información en materia de la lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada y la inmigración ilegal. El tratado es la manifestación de una falsa cooperación reforzada¹²¹, porque, en contra de lo previsto en la legislación europea, serían necesarios un mínimo de ocho Estados miembros para utilizar los mecanismos de la cooperación reforzada y, si bien el artículo 1.1 del Tratado dispone que las partes pretenden “reforzar la cooperación transfronteriza”, no se ha optado por utilizar dicho mecanismo previsto en el Tratado de la Unión Europea (artículos 27 A a 27 E), sino un mecanismo ajeno al mismo como lo es un tratado internacional¹²².

Así el Tratado Prüm nace a iniciativa de un grupo reducido de Estados como una alternativa de hecho a una propuesta de Decisión Marco presentada por la Comisión Europea en octubre de 2005, que pretendía regular el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad (principio establecido en 2004 por el programa de la Haya como vía para profundizar en la cooperación policial en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia).

Dicha iniciativa partía del principio de no obligar a almacenar o recoger ningún tipo de información con el único fin de hacerla accesible a las autoridades competentes de otros estados miembros, y propugnaba una

¹²⁰ El Instrumento de ratificación del Tratado se publica en el BOE núm. 307, de 25 de diciembre de 2006, entrando en vigor el 1 de noviembre de 2006.

¹²¹ El Tratado de Prüm es una manifestación del principio jurídico de disponibilidad, que surge a nivel comunitario en el Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo de noviembre de 2004, relativo a la Consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea, y desarrollado posteriormente a través de un Plan de acción del Consejo y de la Comisión

¹²² Los artículos 43 a 45 del Tratado de la Unión Europea (TUE) prevén las disposiciones relativas a la “cooperación reforzada”, concepto que fue introducido en el TUE por el Tratado de Ámsterdam. Es posible recurrir a la cooperación reforzada como mínimo entre ocho Estados miembros de la Unión, en los ámbitos de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, así como en la cooperación policial y judicial en materia penal, por tanto, en materias del primer y tercer pilar comunitarios. Hoy ya es una realidad tras la Decisión del Consejo de la Unión, adoptada en su día en el marco del Tercer Pilar, hoy desaparecido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En cuanto a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), correspondiente al segundo pilar de la UE, no se prevé este mecanismo, sino la adopción por unanimidad de las decisiones, pudiendo los Estados utilizar la “abstención constructiva”, según dispone el artículo 23 TUE. En función de que la cooperación reforzada se refiera a materias del primer o tercer pilar, se exigen determinadas condiciones, como se precisa en los artículos citados, así como en los artículos 40 y siguientes, por lo que respecta al tercer pilar.

obligación a los Estados miembros de suministrar información que ya tuviesen a disposición de sus autoridades policiales a las autoridades equivalentes de otros Estados miembros que la necesitasen para la investigación de delitos; la información accesible serían perfiles de ADN no codificante, huellas dactilares, balística, información sobre placas de matrícula y otras informaciones para la identificación de personas. Finalmente, tal iniciativa de la Comisión, que preveía la posibilidad de acceso directo en línea por las autoridades de un Estado miembro a las bases de datos de otro estado miembro, fue abandonada como consecuencia de la firma y entrada en vigor del Tratado de Prüm en 2005¹²³. Sin duda el instrumento jurídico utilizado en el tratado de Prüm podría tildarse de atípico, si tenemos en cuenta el contenido de la Decisión, más acorde con la fórmula de una Decisión marco de aproximación de legislaciones que de una decisión del antiguo Art. 34.2 TUE, lo que implicó que para que pudiera resultar de obligatorio cumplimiento hubo que aprobarse una decisión adicional de implementación que sí podía ser adoptada por mayoría cualificada en vez de por unanimidad. Dicha aprobación impuso que los Estados miembros que no tuviesen constituida una base de datos de ADN, hubieran de crearla con la intencionalidad de poder intercambiar información con el resto de los estados miembros, si bien dicho intercambio es obligatorio a resultados positivos obtenidos tras una primera consulta “anónima” a índices de referencia, que dará lugar al intercambio posterior de la información en cuestión pero ya regida por la normativa interna del Estado al que “pertenece” dicha información.¹²⁴

Es evidente que el tratado de Prüm supuso un avance en el intercambio de información, al menos según HELENA SOLETO¹²⁵, a “nivel regional, el Convenio multilateral de Prüm, ratificado por España, y luego al nivel de la Unión Europea la Decisión 2008/615/JAI, establecieron un ámbito de cooperación entre los Estados en el que se garantiza el acceso a las bases de datos de huellas de los otros Estados”, pero es cierto que el modo de su aprobación, con la imposición de la visión que de dicha información tenían sólo alguno de los países miembros, evitó la posibilidad de un desarrollo mucho más ambicioso que pudiera haber incluido un régimen de garantías relativo a la protección de datos mucho mayor.

El tratado de Prüm y sus posteriores decisiones fueron anteriores a la Decisión Marco 2008/977/JAI, de 27 de noviembre, de protección de datos de carácter personal tratados en el marco de la cooperación policial y judicial penal, que establece de manera pionera un régimen común de protección de datos en dicho área puesto que la anterior Directiva 95/46/CE dejaba al margen esta área de aplicación. Este Tratado firmado en la ciudad alemana de Prüm (Renania-Palatinado) reviste una importancia crucial para los países firmantes en materia de creación de ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de persecución de los delitos, porque permite su utilización compartida por todos ellos consultando los llamados índices de referencia, que contienen los perfiles de ADN o modelos de identificación del ADN¹²⁶.

A pesar de la existencia de un Tratado internacional (Tratado de Prüm)

¹²³ Vid AGUILERA RUIZ, L.; *“La protección de datos de ADN en la Unión Europea y en España”*. Madrid 2013. Ponencia en la UNED sobre Las Bases de datos Policiales de ADN ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza? Directora María José Cabezado Bajo. Pág. 27 y ss.

¹²⁴ Id anterior.

¹²⁵ Vid HELENA SOLETO; *“Garantías y errores en la investigación penal. Ciencia versus memoria”* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016. Pág. 147

¹²⁶ Vid DOLZ LAGO, M.J. (Dir.): *“La prueba pericial científica”*. Ed. EDISOFER. Madrid 2012. Pág. 63.

en el que se regula el intercambio de perfiles de ADN, éste se ha visto superado (en el ámbito de la UE) por la Decisión 2008/615/ JAI, del Consejo de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (Decisión Prüm)¹²⁷. La decisión Prüm, capítulo VI exige a los estados miembros un nivel de protección de datos equivalente al resultante del convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 con su protocolo adicional de 8 de noviembre de 2001. Hoy dicha decisión marco relega dicho convenio 108 a las relaciones de estados miembros de la Unión Europea con terceros países firmantes del mismo. El artículo 28 de la Decisión Marco afirma, no obstante, que el régimen especial de protección de datos de la Decisión Prüm sigue siendo aplicable en la Unión Europea al uso de datos de ADN con finalidades policiales, advirtiéndolo expresamente el considerando 39 de la Decisión Marco.

Así el objetivo de la Decisión Marco¹²⁸ estriba en intensificar la cooperación policial y judicial transfronteriza entre los países de la Unión Europea (UE) en materia penal. Concretamente, pretende mejorar los intercambios de información entre las autoridades encargadas de prevenir e investigar los delitos. La decisión establece disposiciones sobre: el acceso a ficheros automatizados de análisis de ADN, (además de sistemas automatizados de identificación dactiloscópica y datos de los registros de matriculación de vehículos nacionales; el suministro de datos referentes a grandes acontecimientos; el suministro de información destinada a evitar actos terroristas; otras medidas para reforzar la cooperación policial transfronteriza)¹²⁹. Obligaciones que marca la Decisión Marco: Creación de bases de datos nacionales y acceso automatizado a la información.

Los países de la UE tienen que crear archivos de análisis de ADN nacionales con fines de investigación de los delitos penales. Deben poner a disposición de otros países de la UE índices de referencia, consistentes en una parte no codificante del ADN y un número de referencia que imposibilite la identificación del interesado, para que estos puedan realizar búsquedas automáticas. Dichas búsquedas se llevarán a cabo a través de los puntos de contacto nacionales, donde se consultarán los perfiles de ADN únicamente para casos concretos y mediante un sistema de coincidencia. Si durante la búsqueda se halla una coincidencia, el punto de contacto nacional que esté llevando a cabo la investigación recibirá el índice de referencia de forma automática. Si no se encuentra el perfil concreto de una persona que esté siendo investigada o contra la que se haya interpuesto una acción penal, el país de la UE al que se dirija la solicitud podrá verse obligado a establecer un perfil de ADN para dicha persona¹³⁰.

¹²⁷ Vid BAUTISTA HERNÁEZ, A.: *"Bioderecho internacional y europeo. Desafíos actuales"*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014 . Pág. 84

¹²⁸ Vid BAUTISTA HERNÁEZ, A.: *"Bioderecho internacional y europeo. Desafíos actuales"*. Op. cit. Pág. 90

¹²⁹ Vid FRÍAS MARTÍNEZ, E.: Diario La Ley, Nº 7928, Sección Tribuna, 21 de Septiembre de 2012, Ref. D-324, Editorial LA LEY

¹³⁰ Vid BAUTISTA HERNÁEZ, A.; *"Bioderecho internacional y europeo. Desafíos actuales"*. Op. cit. Pág. 92. El mecanismo establecido en el Sistema Prüm es relativamente sencillo. Existen dos procedimientos, uno para la consulta automatizada de perfiles (artículo 3), y otro de comparación automatizada de perfiles (artículo 4). Respecto al primero, se establece que un Estado miembro, a través de su Punto de Contacto Nacional (PCN) pueda acceder a los índices de referencia del fichero nacional de otro Estado miembro. Por ejemplo, si España tiene un perfil de ADN obtenido de la escena de un crimen, y desea consultar si en Francia poseen ese mismo perfil, España, a través de su PCN accederá al PCN de Francia y enviará el perfil de ADN para ver si existen concordancias en la base de datos francesa. Al respecto caben dos

Como dato adyacente, la Decisión Prüm no sólo regula lo relativo al dato de ADN, sino que también obliga a permitir el acceso a índices de referencia procedentes de los sistemas automatizados de identificación dactiloscópica nacionales¹³¹. En estos casos, los índices de referencia únicamente contendrán la información dactiloscópica y un número de referencia. Estas búsquedas sólo se realizarán mediante comparación de los datos dactiloscópicos y, al igual que las investigaciones de ADN, para casos concretos y mediante la comprobación de coincidencia.

La confirmación de la coincidencia será efectuada por el punto de contacto nacional del país de la UE requirente. El suministro de cualquier otra información de carácter personal disponible para la coincidencia de ADN o de los datos dactiloscópicos y en relación con el índice de referencia se regirá por la legislación nacional, incluida la asistencia judicial en el país de la UE requerido.

Los puntos de contacto nacionales también podrán acceder a algunos datos de los registros de matriculación de vehículos nacionales a través de búsquedas automáticas en línea. Estas búsquedas únicamente podrán realizarse si se dispone del número de bastidor o de matrícula completo.

f)- Normas de desarrollo de la UE sobre la materia

Los países de la UE deben garantizar que su legislación nacional proteja los datos tratados en virtud de esta decisión y ver en qué medida la Decisión se aplicará sobre la transmisión de datos con fines de prevención, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales¹³². De acuerdo con esta normativa, los Estados miembros tendrán que observar lo previsto en la Decisión siempre que, entre otros supuestos, transfieran los datos a “autoridades o sistemas de información creados en virtud del Título VI del Tratado de la Unión Europea”. Solamente podrán procesar datos de carácter personal las autoridades competentes pertinentes. Dichas autoridades deberán garantizar la exactitud y actualidad de dichos datos y adoptar medidas para rectificar o cancelar los datos incorrectos o los que se hayan transmitido por error. Los datos de

posibilidades: 1) que exista una coincidencia, entonces España recibirá el índice de referencia del perfil de ADN en la base de datos francesa, esto es, no recibe el perfil de ADN, ni ninguna otra información; sólo se le comunica que existe una coincidencia y se le envía el índice de referencia; o 2) que no exista una coincidencia. En este caso se le comunica que no ha habido concordancia. En este punto, los artículos 9 y 10 de la Decisión de ejecución, establecen que si no existe concordancia en una base de datos nacional, pueda enviarse a todos los demás Estados en busca de coincidencias. Respecto al segundo, el relativo a la comparación automatizada de perfiles de ADN, el procedimiento es el siguiente: un Estado Miembro que posea un perfil de ADN no identificado (no se sabe de quién es) podrá, a través de su PCN y previo acuerdo mutuo, realizar comparaciones con los perfiles de ADN de otro Estado. Si de la comparación se descubre una coincidencia, se remitirán al Estado requirente los índices de referencia de tales perfiles.

¹³¹ HELENA SOLETO - JUAN ALCOCEB; *“Justicia penal y derecho de defensa”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014. Pág. 148. En el artículo 2 de la Decisión se establece que la obligación de los Estados miembros de crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de delitos. Los índices de referencia de los perfiles habrán de contener exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y un número de referencia. Los índices de referencia no contendrán datos que permitan identificar directamente al interesado. Los índices de referencia que no se atribuyan a ninguna persona (perfiles de ADN no identificados) deberán poder reconocerse como tales.

¹³² Vid. ESQUINAS VALVERDE, P.; *“Protección de datos personales en la policía europea. El derecho de información sobre los datos y su insuficiente garantía frente a Europol”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág. 74

carácter personal deberán eliminarse cuando ya no sean necesarios para el fin con que se transmitieron o cuando haya vencido su plazo de conservación, según lo dispuesto en la legislación nacional. Se deben adoptar medidas técnicas y organizativas para proteger los datos personales de su posible destrucción, pérdida, acceso no autorizado, alteración o divulgación¹³³. Para poder verificar la licitud del procesamiento de datos personales no automatizado, es preciso registrarlo. Del mismo modo, el procesamiento automatizado de datos personales también requiere un registro. Las autoridades en materia de protección de datos independientes de los países de la UE se encargarán de llevar a cabo las comprobaciones que exige la ley para el procesamiento de datos personales¹³⁴.

Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener información sobre los datos procesados en relación con su persona, incluido el origen de éstos, sus destinatarios y el objetivo y fundamento legal de su procesamiento. Asimismo, pueden solicitar que sus datos procesados se rectifiquen o se cancelen en caso de que sean imprecisos o hayan recibido un tratamiento ilícito¹³⁵. En caso de que los derechos de algún ciudadano en lo que respecta a la protección de datos se hayan visto vulnerados, el interesado podrá denunciar el hecho ante un tribunal independiente y reclamar una indemnización por daños y perjuicios u otra compensación legal¹³⁶.

La Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (Diario Oficial L 210 de 6.8.2008), recoge las disposiciones técnicas y administrativas indispensables para la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI. En ella se determina lo relativo al intercambio automatizado de información sobre ADN, datos dactiloscópicos y datos de los registros de matriculación de vehículos.

La Decisión tiene por objetivo establecer las disposiciones

¹³³ Vid. BAYO DELGADO, J.; *“La cooperación internacional policial a la luz de la Propuesta revisada de Decisión Marco relativa a la protección de datos”*, en *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*, VVAA, coord. por DOMÍNGUEZ PECO, E., Edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 21 y ss.

¹³⁴ Vid. CABEZUDO BAJO, M.J.; *“La protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal”*, en *La Justicia y la Carta de Derechos fundamentales de la UE*, VVAA (dirig. por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés), Edit. Colex, Madrid, 2008, págs. 330 a 334.

¹³⁵ Vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, edit. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998.

¹³⁶ La decisión contiene también cómo deberían aplicarse el convenio 108 del Consejo de Europa a los datos biométricos, siguiendo la línea del Comité consultivo del Convenio 108 del Consejo de Europa de febrero de 2005, determinando: a) Identificación del responsable del fichero. b) Licitud y legalidad del tratamiento. c) Determinación de la finalidad y elección de un sistema de identificación. d) Carácter no excesivo. e) Exactitud de los datos. f) Evitación de la recogida de datos sensibles. g) Seguridad de los datos. h) Transparencia (información sobre la identidad del responsable y dónde encontrarlo. i) Derecho de acceso. j) Derecho de rectificación y cancelación. k) Recurso efectivo. Vid. SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: *“El control judicial nacional del respeto a los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario europeo”*, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38/39, Valencia, 2002, págs. 169 a 187.

administrativas y técnicas necesarias para la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI, en particular por lo que respecta al intercambio automatizado de datos de ADN, datos dactiloscópicos y datos de matriculación de vehículos, conforme a lo dispuesto en el capítulo 2 de dicha Decisión y a otras formas de cooperación, conforme a lo dispuesto en su capítulo 5.

g)- Tratamiento en el ordenamiento español.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico, con la publicación de dos importantes leyes -ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica y la ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN-, colmó una gran laguna y cumplió así con lo contenido en la Directiva Marco a la que hemos hecho referencia. La primera delimita conceptos como:

a) *“Análisis genético”*: procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico o un metabolito específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado.

b) *“Análisis genético-poblacionales”*: investigación que tiene por objeto entender la naturaleza y magnitud de las variaciones genéticas dentro de una población o entre individuos de un mismo grupo o de grupos distintos.

c) *“Anonimización”*: proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere. Es aplicable también a la muestra biológica.

d) *“Biobanco”*: establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino.

e) *“Consejo genético”*: procedimiento destinado a informar a una persona sobre las posibles consecuencias para él o su descendencia de los resultados de un análisis o cribado genéticos y sus ventajas y riesgos y, en su caso, para asesorarla en relación con las posibles alternativas derivadas del análisis. Tiene lugar tanto antes como después de una prueba o cribados genéticos e incluso en ausencia de los mismos.

f) *“Consentimiento”*: manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada.

g) *“Cribado genético”*: programa de salud pública, dirigido a la identificación en individuos de determinantes genéticos, para los cuales una intervención médica precoz pudiera conducir a la eliminación o reducción de la mortalidad, morbilidad o discapacidades asociadas a tales determinantes.

h) *“Dato anónimo”*: dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identificable.

i) *“Dato anonimizado o irreversiblemente disociado”*: dato que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiéndose por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados.

j) *“Dato genético de carácter personal”*: información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos.

k) *“Dato codificado o reversiblemente disociado”*: dato no asociado a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa.

o) *“Muestra biológica”*: cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona.

p) *“Muestra biológica anonimizada o irreversiblemente disociada”*: muestra que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable.

q) *“Muestra biológica no identificable o anónima”*: muestra recogida sin un nexo con una persona identificada o identificable de la que, consiguientemente, no se conoce la procedencia y es imposible trazar el origen.

r) *“Muestra biológica codificada o reversiblemente disociada”*: muestra no asociada a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa.

t) *“Procedimiento invasivo”*: toda intervención realizada con fines de investigación que implique un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado.

u) *“Riesgo y carga mínimos”*: los impactos en la salud y las molestias que puedan sufrir los sujetos participantes en una investigación, y cuyos efectos sólo podrán ser de carácter leve y temporal.

v) *“Sujeto fuente”*: individuo vivo, cualquiera que sea su estado de salud, o fallecido del que proviene la muestra biológica.

w) *“Tratamiento de datos genéticos de carácter personal o de muestras biológicas”*: operaciones y procedimientos que permitan la obtención, conservación, utilización y cesión de datos genéticos de carácter personal o muestras biológicas.

x) *“Trazabilidad”*: capacidad de asociar un material biológico determinado con información registrada referida a cada paso en la cadena de su obtención, así como a lo largo de todo el proceso de investigación”.

Establece, además, las siguientes garantías:

a) *Se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales.*

b) *La salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.*

c) *Las investigaciones a partir de muestras biológicas humanas se realizarán en el marco del respeto a los derechos y libertades fundamentales, con garantías de confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal y de las muestras biológicas, en especial en la realización de análisis genéticos.*

d) *Se garantizará la libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas.*

e) *La autorización y desarrollo de cualquier proyecto de investigación sobre seres humanos o su material biológico requerirá el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación.*

f) *La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud.*

g) *La investigación deberá ser objeto de evaluación.”*

Igualmente con la publicación de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, cabe señalar que el Reino de España opta por la creación de bases de datos que permiten intercambiar la información entre los Estados miembros¹³⁷, cuestión que había sido reiteradamente expuesta desde las Instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente. En el mismo sentido se habían venido pronunciando el Consejo de Europa a partir de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal.

Finalmente, debe recalcar que en la redacción de la citada Ley, como no podría ser de otra manera, se tuvieron en cuenta los criterios sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, que ha venido exigiendo el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias, de entre las que cabe destacar la 207/1996, de 16 de diciembre.

En dicha Ley no se establece un régimen de protección de datos autónomo, sino que se inserta dentro de las normas especiales encuadradas en el régimen general de la LOPD¹³⁸ (Disposición Adicional Segunda, Régimen jurídico, La presente Ley se inscribe en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual, por su propia naturaleza, resulta de aplicación directa, siendo los preceptos de esta Ley especificidades habilitadas por la citada Ley Orgánica en función de la naturaleza de la base de datos que se regula).

A ambas leyes hay que añadir la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectuada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Todas ellas conforman el marco normativo de referencia para las bases de datos de ADN en nuestro ordenamiento jurídico.

¹³⁷ Vid CARUSO FONTÁN, V.; *“La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Pág.: 283 Esta Ley es el resultado de la incorporación a nuestro Derecho positivo de numerosas recomendaciones recibidas por parte de Organismos Internacionales. . Especialmente importante fue el tratamiento que dedicara a esta materia el Consejo de Europa.

¹³⁸ Disposición Adicional Segunda, Régimen jurídico, La presente Ley se inscribe en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual, por su propia naturaleza, resulta de aplicación directa, siendo los preceptos de esta Ley especificidades habilitadas por la citada Ley Orgánica en función de la naturaleza de la base de datos que se regula.

Como bases de datos que son, y como mencionábamos con anterioridad, dichas bases son propiamente ficheros, instaurados al amparo de lo que define la LOPD, los cuales dependen de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. Pero, si bien es cierto que se trata de un fichero, también lo es que tiene sus particularidades:

- A) Tipo de datos a inscribir: su objeto se limita a identificadores obtenidos de ADN, identificadores no codificantes¹³⁹
- B) Su finalidad: investigación y averiguación de delitos, identificación de restos cadavéricos y localización o averiguación de desaparecidos¹⁴⁰.
- C) limitación a delitos graves: (los que afecten a la vida, libertad e indemnidad, libertad sexual e integridad de las personas), delitos contra el patrimonio cometidos con fuerza en las cosas o violencia o intimidación de las personas y delincuencia organizada.
- D) Consentimiento, se excluye dicho consentimiento para la inclusión en la base de datos.
- E) Derechos de los afectados. Obligación de informarle de los derechos que le asisten sobre los datos, además de los derechos de rectificación, acceso y cancelación.
- F) Uso y cesión de los datos a otras autoridades: Podrán cederse los datos contenidos en la base de datos:
 - a) A las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes.
 - b) A las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de esta Ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas.
 - c) Al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. (art. 7.3 de la Ley).

El art. 9.4 establece que los derechos de acceso, rectificación y

¹³⁹ Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

¹⁴⁰ 1. Los datos contenidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiéndose por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado primero del artículo 3 de esta Ley.

cancelación son los que contiene la LOPD, con la especialidad de que, al tratarse de bases de datos de carácter policial cuya finalidad, sin duda, es la investigación de un proceso penal, se establecen una serie de limitaciones, cuales son las recogidas en los artículos 24 y 25. De la misma forma resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 23 en cuanto a no poder solicitar la cancelación de la inscripción si no lo es por motivos tasados.

CAPÍTULO II .- LA PRUEBA DE ADN COMO INTERVENCIÓN CORPORAL.

1.- DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN

Para la correcta realización de la prueba de ADN -como diligencia de investigación en el seno del proceso, o incluso antes, si se cuenta con autorización del investigado-, con el fin de que se convierta en prueba de cargo¹⁴¹, es preciso la realización de una intervención corporal dirigida a la obtención de una muestra biológica del cuerpo del investigado¹⁴², para, una vez analizada, proceder a su cotejo con el obtenido del análisis de las muestras recogidas a lo largo de la investigación o con las conservadas en la base de datos de ADN dimanantes de otras investigaciones.

Intervención corporal que se enmarca en un conjunto de pericias que, bajo la denominación genérica de “diligencias de intervención corporal”, comprenden de:

a) Las denominadas inspecciones corporales, que son las que se realizan por encima de la ropa y sin afectar directamente a ninguna zona específica (cacheos), entendida como mera inspección o registro que puede realizar la policía sin necesidad de autorización judicial¹⁴³; y,

¹⁴¹ Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.; *“Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal”*. Cit. Pág. 16. Las intervenciones corporales se realizan en el proceso preliminar (sumario o diligencias previas).

¹⁴² Vid GÓMEZ AMIGO, L.; *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2003. Como diligencias de investigación penal que que recaen o se practican sobre la materialidad física de la persona. Pág. 7

¹⁴³ Vid DE LLERA SUAREZ-BARCENA, E.; *“La Policía Judicial y la seguridad ciudadana”*, Poder Judicial, núm. 31, septiembre 1993, p. 120, que el cacheo consiste «en la inspección o registro de los objetos de que fuere portador el sujeto afectado entre las ropas que vista, normalmente en los bolsillos y faltriqueras, mas no en el interior de su cuerpo. Se trata, por tanto, de un registro superficial del perímetro corporal y de las ropas del sujeto, que en nada debe afectar a su integridad física. En igual sentido vid DIAZ CABIALE, J.A.; *“Cacheos*

- b) Las llamadas **intervenciones corporales** en sentido estricto, que son intervenciones directas sobre el cuerpo o sobre parte del mismo, y cuya finalidad es obtener elementos biológicos tales como uñas, sangre, orina, biopsias, pelo o muestras de piel, entre otras¹⁴⁴.

superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, mayo 1996, pp. 79 y 80. El cacheo es una intervención corporal llevada a cabo para descubrir el cuerpo del delito: la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo y la indumentaria del sujeto. Supone una actuación externa sobre el cuerpo humano. En igual sentido vid CLIMENT DURÁN, C.; *“La prueba penal”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 1503. La facultad *policial* de efectuar controles personales mediante el cacheo o el registro de su equipaje es algo normativamente regulado en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero también en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, con base en el artículo 126 de la Constitución y en el artículo 282 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vid Auto del Tribunal Supremo 1178/1997, de 4 de junio (Sr. De Vega Ruiz): “las facultades de las Fuerzas del Orden para realizar esa clase de controles y cacheos, con inmovilización transitoria de las personas, aparece incluida en las funciones de prevención e investigación de los delitos previstos en los arts. 11.1, f) y g) y 23 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por lo que existe una norma con rango la Ley Orgánica que dispone las relaciones de sujeción de los ciudadanos a tal tipo de controles”. En igual sentido Sentencia del Tribunal Supremo 1481/1999, de 14 de octubre (Sr. Martín Canivell). “Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no solamente están legalmente facultados para proceder a registrar los efectos personales de los ciudadanos con la finalidad de comprobar si son portadores de sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos, sino que *tales actividades les corresponde llevarlas a cabo precisamente para desempeñar sus funciones investigadoras* (artículos 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 19.2 de la LO 1/1992), aunque, naturalmente, siempre que tales comprobaciones sean necesarias para el descubrimiento de la existencia de hechos delictivos y de quienes fueran partícipes en su comisión, así como para recoger efectos, instrumentos o pruebas de tales hechos. (Sentencias de 27 de abril de 1994, 7 de julio de 1995, 2 de febrero de 1996 y 17 de enero de 1997)”. Sentencia del Tribunal Supremo 432/2001, de 16 de marzo (Sr. Delgado García): No es que la *policía* tenga facultad de cachear cuando hay sospechas de la comisión de una infracción penal, es que está obligada a hacerlo en cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo a fin de “investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal”, como literalmente dice el art. 11.1.g) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, Reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En términos semejantes se pronuncian el art. 282 LECrim y otras normas relativas a las funciones de los órganos *policiales*, con un evidente amparo constitucional en el art. 126 CE”.

¹⁴⁴ Vid ORTELLS RAMOS, M.: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. Pág. 15-66

No es tarea fácil elaborar un concepto de intervención corporal¹⁴⁵. El principal inconveniente deriva de la ausencia de regulación específica en la materia; vacío normativo que va más allá del problema conceptual afectando a todo el régimen jurídico de tan importante medida. A tal fin y partiendo de esta concepción inicial¹⁴⁶ y, siguiendo a MATALLÍN EVANGELIO comenzaremos destacando las notas que definen este tipo de diligencias¹⁴⁷:

- 1) Se trata de diligencias sumariales de investigación¹⁴⁸
- 2) Restrictivas de derechos fundamentales¹⁴⁹

¹⁴⁵ Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.; *"Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal"*. Cit. Pág. 10. Las diligencias de investigación que pueden considerarse intervenciones corporales son tan variadas que excede su análisis particularizado. Un simple corte de pelo o la extracción de muestras hemáticas; la sustracción de fluidos o líquidos corporales; y toda una serie de supuestos de difícil catalogación, como los exámenes radiológicos, médicos o ecográficos pueden estimarse intervenciones corporales, dependiendo de la opción conceptual adoptada al efecto. Por ello resulta difícil elaborar un listado general de las distintas medidas que merecen tal denominación.

¹⁴⁶Vid SOTO RODRÍGUEZ, M.L.: "Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales" Diario La Ley, Nº 8392, Sección Doctrina, 6 de Octubre de 2014, Año XXXV, Ref. D-305, La Ley Penal, Editorial LA LEY. Define la autoría las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal que se practican sobre el cuerpo de la persona e inciden de modo grave en sus derechos fundamentales, especialmente los derechos a la integridad física y a la intimidad. STC 37/1989 considera la intimidad corporal como una parte de la intimidad personal. STC 37/1989, de 15 de febrero (inspección ginecológica). Vid Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Disposición Adicional Tercera. «Obtención de muestras biológicas»: «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».

¹⁴⁷ Vid GÓMEZ AMIGO, L.: "Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal". Cit. Pág. 16. En igual sentido Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal". Ed. Cóllex. Madrid. 1990. Pág. 290

¹⁴⁸ Sobre la citada consideración, Vid GÓMEZ AMIGO, L.; *"Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal"*. Cit. Pág. 26; GIL HERNÁNDEZ, A.: *"Intervenciones corporales y derechos fundamentales"*. Ed. Colex Madrid, 1995, p. 37; ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, ed. Trivium. Madrid, 1999, p. 90; DÍAZ CABIALE, J.A.: "Cacheos superficiales, *intervenciones corporales* y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)", en Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p.70; ITURRALDE SESMA, V.: *"Intervenciones corporales y derechos fundamentales"*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol, nº 20/21, Valencia, 1997, p. 188.

¹⁴⁹ Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.; *"Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal"*. Cit. Pág. 19

3) Que contarán con el carácter de **prueba preconstituida**¹⁵⁰.

Esta consideración trae causa de la singular potencia acreditativa de las modernas técnicas de análisis, biológicas y científicas, que permiten obtener conclusiones muy precisas sobre los hechos sujetos a discusión en el seno del proceso penal¹⁵¹, al desplazar de alguna manera los tradicionales medios de prueba -como la documental y testifical-, dejando paso a una prueba pericial cada vez más relevante¹⁵².

4) Que recaen sobre el cuerpo humano vivo,

5) Que no es precisa la obtención del consentimiento del afectado¹⁵³

6) Con la posibilidad del empleo de la “vis coactiva” si fuera preciso

7) Mediante la práctica de una intervención en el cuerpo del investigado.

El crecimiento exponencial en el uso de la prueba, que podíamos denominar “estrella” de ADN contribuye definitivamente a ello: “La eficacia de la investigación criminal depende en gran medida de la cantidad y calidad de la pericia que se practique, y ésta a su vez depende de la obtención de muestras y residuos”¹⁵⁴. Para su correcta realización hay que cumplir con las siguientes requisitos:

a) Que la intervención no revista peligro grave para la salud¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Vid GÓMEZ AMIGO, L.; “*Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*”. Cit. Pág. 33

¹⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 427/2015 de 11 May. 2015 (Ponente Martínez-Escribano Gómez, Jesús.), Rec. 717/2011. Para la jurisprudencia la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones ni en la condición o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tenerse por tanto como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional.

¹⁵² STS de 6 de septiembre de 2006. “Es obvio que las pruebas más utilizadas en los procesos (...) son la pericial y la documental, y de ellas la que destaca por su importancia es la pericial que bien puede calificarse de “Regina Probatorum”

¹⁵³ Hoy toma sentido en toda su extensión dicho axioma de no necesidad de consentimiento del afectado, toda vez que con las reformas legislativas llevadas a cabo en nuestra legislación penal, que tendremos oportunidad de analizar a continuación, el juez puede recurrir a la vis coactiva para la obtención de dicha fuente de prueba.

¹⁵⁴ Vid RICHARD GONZÁLEZ, M.; “*Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal*”. En la obra colectiva Estudios sobre la prueba penal. Ed. La ley. 2011.

¹⁵⁵ Para el citado autor también era preciso que fueran practicadas por un médico de acuerdo con la lex artis, cuestión ésta que también apoyaba GIMENO SENDRA, que destaca que no se contempla la persona que debe realizar la intervención, a cuyo juicio señala debe ser personal sanitario y del mismo sexo que del destinatario. Entendemos que dicha cuestión era referida a las intervenciones graves, y que hoy ha quedado normativamente superada, ya que para la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal cuya mínima injerencia está avalada por nuestra jurisprudencia, basta que sea la policía judicial la que las recoja. La disp. adic. tercera de la LO 10/2007, de 8 de octubre, al regular la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN, dispone: Para la investigación de los delitos enumerados en el

b) Que cuenten –en su caso- con el consentimiento informado del interesado y,

c) Que la medida adoptada sea proporcionada, desde el triple filtro de la adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁵⁶.

2.- NATURALEZA JURÍDICA.

2.1. Ámbito de aplicación.

Teniendo en cuenta el objeto sobre el que se realizan, el ámbito objetivo en este tipo de diligencias, es el cuerpo humano vivo, lo que le convierte para un sector de la doctrina en un instrumento de la prueba, al amparo del artículo 334 LECrim¹⁵⁷.

Para dicho sector, los vestigios corporales objeto de esta intervención, estarían comprendidos en el concepto más amplio de **piezas de convicción**¹⁵⁸.

El ámbito subjetivo vendrá determinado por los destinatarios de la diligencia en el marco de una instrucción judicial –incluso antes-, el cuál no será otro sino un sujeto investigado contra el que se pretenda dirigir la acción penal y que, en aras a lo dispuesto en la STC 207/1996 (ponente GIMENO SENDRA), será constitucionalmente lícita cuando se ajuste estrictamente a los presupuestos que la legitiman¹⁵⁹ tanto materiales, como en atención a los sujetos activos que la ordenen (el juez o la policía judicial si cuenta con el

art. 3.1 a), la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. Vid GIMENO SENDRA, V.; *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Cit. pág. 252

¹⁵⁶ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; *“Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”*. Pág. 153 y ss. Sobre dichos extremos existe numerosa doctrina que se pronuncia, así MONER MUÑOZ, E; *“Las intervenciones corporales”*. Cuadernos de derecho judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. CGPJ. Madrid 1993. Pág. 172, SÁNCHEZ GARCÍA; *“El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”* La Ley, 1994, tomo 4. Pág. 1117 o ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; *“Las intervenciones corporales en el proceso penal”*. Pág. 223

¹⁵⁷ Vid GÓMEZ AMIGO, L.; *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*. Cit. Pág. 27. Art. 334: LECrim: El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida.

¹⁵⁸ Vid GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; *“Lecciones de Derecho Procesal Penal”*. Cit. Pág. 255.256. En igual sentido ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A, HINOJOSA SEGOVIA, R., TOMÉ GARCÍA, J.A.; *“Derecho Procesal Penal”* Cit. Págs. 328-329. En igual sentido vid MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR; *“Derecho jurisdiccional II. Proceso civil”*, Cit. págs. 341 y ss.;

¹⁵⁹ Vid GÓMEZ AMIGO, L.; *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*. Cit. Pág. 29. En igual sentido Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.: *“Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal. Exigencias de legitimidad de las intervenciones corporales”*. Cit. Pág. 61 y ss.

consentimiento del sujeto que ha de soportarla, el Ministerio Fiscal o el Médico Forense)¹⁶⁰.

¹⁶⁰ A tal efecto, y por su interés en este trabajo, reproducimos el textual de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 207/1996 de 16 Dic. 1996 (ponente GIMENO SENDRA), que supuso la primera doctrina sobre estas diligencias:

“Que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (STC 7/1994 FJ3).

A) Fin constitucionalmente legítimo. Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones --art. 18.2 y 3 C.E.), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989 FJ 7 y 8). Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

B) Principio de legalidad. 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 art. 8 del C.E.D.H., 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 T.E.D.H. «X. e Y./Holanda», de 26 Mar. 1985, y «Costello-- Roberts/Reino Unido», de 25 Mar. 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la C.E.D.H. núm. 8239/78 y 8278/78). Pues bien, el apartado 2 del mencionado art. 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...». La anterior exigencia ha sido recordada por la doctrina de este Tribunal. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación entonces con el derecho a la intimidad corporal, dijimos que la limitación de dicho derecho solo podría producirse «con fundamento en una inexcusable previsión legislativa» (STC 37/1989 FJ7), que en aquel caso entendimos existente (fundamento jurídico 8.). De manera igualmente explícita hemos afirmado la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994 FJ3): «... debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconocimos la existencia de habilitación en el art. 127 C.C., en consonancia con el art. 39.2 C.E. Y, finalmente, también lo hemos hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 FJ 8, en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 L.O.G.P.), y en la STC 35/1996 FJ2, que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el art. 23 L.O.G.P. Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley.

C) Jurisdiccionalidad. A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros en domicilio --art. 18.2 C.E., intervención de las comunicaciones --art. 18.3 C.E., no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y a la integridad física (art. 18.2 C.E.), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si solo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto

es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 dijimos que era «solo posible por decisión judicial» (FJ7), aunque sin descartar la posibilidad de 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 (FJ 8)

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 (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), 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.

D) Motivación de la resolución judicial. El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 C.E.), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996. La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)

E) Principio de proporcionalidad. Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es 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, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Y en el ámbito, análogo al actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989 FJ8). Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

Si la toma de muestras requiere de inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, y no se contase con el consentimiento del afectado, es precisa la autorización judicial mediante auto motivado, conforme a lo dispuesto en la LECrim (Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, segundo párrafo en relación con los arts. 326 y 363 de la LECrim).

Además, según la referida STC 207/1996, atendiendo al grado de sacrificio las **intervenciones corporales** podrán ser calificadas como leves o graves:

- Leves. Cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada; como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y
- Graves. En caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, los análisis sanguíneos, que se convierten en graves, en casos de sujetos que padezcan hemofilia, etc.)¹⁶¹.

2.2.- Presupuestos subjetivos.

Sujetos activos

a) *Ordenación de la medida y recogida de la muestra*

F) Otras exigencias específicas. Del art. 15 C.E. cabe derivar, por último, una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, de alguna manera referibles también al principio de proporcionalidad, las cuales cabe sustantivizar en los siguientes términos (al modo como se hace en la STC 7/1994 FJ 3):

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994)

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 C.E.).

¹⁶¹Vid DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E.; *“El proceso penal. Exámenes radiológicos. extracciones y análisis de aliento, orina, sangre, pelos, uñas y otros tejidos humanos”* y *“Las intervenciones corporales: los derechos fundamentales afectados”*. ED. Tirant on line. Documento TOL10.843

La ordenación de la medida corresponderá por norma general a la Autoridad judicial, a salvo de los supuestos en que aquella sea recogida por la policía judicial –por razones de urgencia-, el Ministerio Fiscal o el Médico Forense.

1.- Autoridad judicial. En líneas generales nos decantamos por la reserva jurisdiccional¹⁶², dado su carácter de prueba pericial pues son precisos los conocimientos y el método científico aplicado a los que se refiere el art. 456 LECrim¹⁶³; exclusividad jurisdiccional que puede tener sus excepciones por razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación, en cuyo caso puede ser ordenada por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial. Ahora bien, al incidir esta diligencia sobre derechos fundamentales de los afectados habrá de observarse en su práctica la proporcionalidad de la intervención, bajo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁶⁴. Judicialidad exigible en cuanto de una intervención corporal se trata¹⁶⁵,

¹⁶² Vid DUART ALBIOL, J.: "Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal." R. Bosch Editor. Madrid. 2014. Pág. 159.

¹⁶³ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.: "Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal". Op cit. Pág. 145

¹⁶⁴ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal." Ed. Colex 1990. Pág. 305-309 Para el citado autor el principio de idoneidad se concreta en las notas esenciales de constitucionalidad, en cuanto a prohibición del exceso y óptima para la consecución del fin perseguido, el carácter empírico del examen de idoneidad, apoyándose en el esquema medio-fin, flexibilidad y aplicabilidad tanto desde una perspectiva subjetiva como objetiva, el principio de necesidad o de intervención mínima o de la alternativa menos gravosa, cuyas notas definitorias son la constitucionalidad del subprincipio citado, es un principio comparativo y tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales limitados, y por último el de proporcionalidad en sentido estricto, cuyas notas esenciales se definen en principio valorativo (estudio de la relación empírica medida-finalidad), principio ponderativo (ponderación entre fines y medios) y principio de contenido material (rechazo de su concepción formal y entendimiento como mera cláusula neutra "estabilizadora") Para acordar la prueba de ADN, en cuanto intervención corporal, González Cuellar advierte de la necesidad del cumplimiento de los presupuestos de legalidad y justificación teológica, de ciertos requisitos extrínsecos: judicialidad y motivación y los extrínsecos que habíamos anotado de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

¹⁶⁵ Sentencia de 4 de octubre de 2006 que "Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial".

De forma que, como señaló esa misma Sentencia, en nuestro panorama legislativo actual "quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales. En el primer caso contamos con el art. 363 LECrim y para el segundo el 326 LECrim".

El art. 363, pfo. 2º, de la LECrim sanciona que "Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. 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"; y el art. 326, pfo. 3º, de la LECrim que "Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin

afectando al ámbito de la intimidad por lo que solo es dable previa resolución judicial.

Por otra parte, el 363 LECrim, párrafo 2º, posibilita legalmente el modo de obtener muestras del sospechoso respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al decir: «*Siempre que concurran 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*».¹⁶⁶

La Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General del Estado sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas, a ser objeto de reconocimiento dice:

1. El derecho a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución no es un derecho fundamental (artículo 53.2 de la misma). En todo caso y por lo que ahora importa el Tribunal Constitucional ha precisado que para que pueda invocarse un hipotético peligro para la salud hay que probar adecuadamente su existencia, evidenciando la relación entre las medidas a adoptar- el «reconocimiento» en este caso- y las consecuencias de ellas derivadas que, por supuestamente nocivas, habría que evitar (...). Parece ocioso añadir que si no se realiza el «reconocimiento» cuando proceda y la droga que se sospecha oculta en el cuerpo puede destinarse finalmente, al tráfico ilícito, al impedirse su descubrimiento, se produciría el riesgo para la salud pública y el bien común en que la misma consiste «que se refleja en definitiva -por decirlo con palabras de la sentencia constitucional 62/83, de 11 de julio, Fundamento jurídico 2b)- en la salud personal de los ciudadanos...».(...) 2. Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución. 3- Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho de intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución.

La recomendación R(92) del consejo de Europa sobre el uso del análisis de ADN en la Justicia Penal en orden a la obtención de muestras a los fines del análisis de ADN establece que no debería ser efectuada más que en las circunstancias determinadas por el derecho interno, añadiendo que tal obtención está subordinada a la autorización expresa de una autoridad judicial.

perjuicio de lo establecido en el artículo 282" (función y obligaciones de la Policía Judicial). Vid en igual sentido STC 37/89 de 15 de febrero.

¹⁶⁶ Vid MARTINEZ PARDO, V.: "La prueba del ADN en el proceso penal". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2012. Documento TOL2.664.594

En el memorándum que acompaña a la Recomendación, se afirma que en la mayoría de los países se requiere que sea un Juez quien deba ordenar la extracción de muestras aunque, en situaciones excepcionales como la urgencia o el consentimiento por escrito, se puede justificar la extracción de muestras ordenadas por un Fiscal o por un oficial superior de policía, si bien en este caso la decisión debe ser revisada por un Tribunal.¹⁶⁷

2.- Policía Judicial. El artículo 282 LECrim no sólo faculta, sino que además impone a la Policía Judicial la obligación de “recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”. Entre éstos se encuentran restos genéticos que pudieran ser de interés para la investigación del delito y averiguación del delincuente y que, por razones de urgencia, hicieran necesario la recogida ad cautelam ante el riesgo de su pérdida si de esperar la resolución judicial se trata¹⁶⁸.

Pero no en todas las situaciones es precisa esta intervención corporal que por razones de urgencia puede practicar la policía judicial. Es el caso de las muestras biológicas abandonadas. En el supuesto de que se observe una muestra biológica abandonada por el sujeto (P. Ej.: un esputo), la policía

¹⁶⁷ En relación con las muestras recogidas por la Policía Judicial sin autorización judicial cuando se supone necesaria por implicar una intervención corporal, dice también la Sentencia de 4 de octubre de 2006 que "Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor..., intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados. En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005".

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2010:

a) Cuando se trate de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial podrá, por propia iniciativa, recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial, y lo mismo ocurre respecto de las muestras que consistan en restos o excrecencias abandonados por el sospechoso en cualquier tiempo y lugar (en su ropa, su celda, vaso, colilla...), puesto que es misión de la Policía Judicial recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito y ponerlos a disposición de la autoridad judicial, lo que no se altera porque las muestras biológicas obtenidas se remitan a los respectivos Centros o Laboratorios especializados para su identificación. Así, declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de octubre de 2006 que "En el caso de autos las colillas arrojadas por los recurrentes se convierten en "res nullius" y por ende accesibles a las fuerzas policiales pudiendo constituir instrumento de investigación del delito".

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 sospechoso, el "consentimiento informado" de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras"; en su defecto, en aquellas ocasiones en que la Policía no cuente con la colaboración del sospechoso 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.

judicial puede recoger restos genéticos abandonados por el sospechoso sin necesidad de autorización *judicial*.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 concluyó que "la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial" conforme al art. 326 de la LECrim (y art. 126 de la CE), que atribuye competencia a la Policía Judicial para recoger muestras idóneas para el análisis del ADN que no supongan intervención corporal, después de que la Sentencia de 19 de abril de 2005 considerara nula la prueba obtenida a partir de una muestra del acusado abandonada en su celda -un esputo- que recogió la Policía y que según esta Sentencia debió acordar el Juez salvo que razones de urgencia por eventual pérdida o desaparición de la prueba permitieran la actuación por propia iniciativa de la Policía, pero urgencia que no concurría en el caso en cuestión, y que la Sentencia de 14 de octubre de 2005, en un supuesto igual, pero con criterio opuesto, declarara que la Policía podía recoger esa muestra e incluso compararla con otra indubitada hallada en el lugar del delito sin necesidad de autorización judicial siempre que el análisis se ciñera a los códigos meramente identificativos"

Competencia de la Policía Judicial para recoger por propia iniciativa las muestras abandonadas por el sospechoso aunque no concurren razones de urgencia, en la que han insistido, con criterio que se comparte, las Sentencias de 4 de octubre de 2006 y 7 de julio de 2010, entre otras, hasta llegar a la de 9 de julio de 2012. Si bien, conviene poner de relieve que siguen produciéndose pronunciamientos que condicionan la recogida de muestras biológicas del lugar de los hechos por propia iniciativa de la Policía a que existan razones de urgencia, de lo que es ejemplo la Sentencia de 25 de enero de 2011.

Por último, la policía judicial puede tomar muestras sin autorización judicial siempre que el investigado no se oponga, antes bien, debe manifestar a presencia letrada que accede, que presta su consentimiento expreso, no bastando el tácito para su realización. Se trata de un requisito imprescindible ya que si el investigado se opone a la toma de muestras y no se solicita la autorización judicial habilitante para ello, dicha diligencia podría resultar viciada de nulidad ex art. 11.1 LOPJ¹⁶⁹.

3.- El Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal está igualmente facultado para acordar o practicar por sí la medida de la obtención de muestras en los mismos supuestos que puede hacerlo la Policía Judicial, pudiendo acordar su remisión para análisis tanto a los laboratorios de policía judicial como al

¹⁶⁹ STSJ de Madrid, sección 1ª, 10/2007 de 11 de julio y SAP Castellón, Sección 2ª, nº 136/2011 de 23 de marzo.

El Ministerio Fiscal podrá ordenar su realización a la Policía Judicial. La Instrucción nº 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio fiscal de las actuaciones de la policía judicial dice al respecto: El Fiscal puede asumir la dirección jurídica de las actuaciones de la Policía judicial en cualquier momento de la fase de investigación preprocesal. Durante dicha fase, esto es, antes de que existan actuaciones judiciales en trámite, el Fiscal podrá impartir instrucciones generales a las Unidades de Policía judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, las cuales serán impartidas por los Sres. Fiscales jefes que cuenten con Unidad de Policía judicial Adscrita o los Sres. Fiscales jefes Provinciales, a través de los jefes de las distintas Unidades policiales. Lo mismo puede hacerse en fase procesal. La Policía judicial tiene un importante ámbito de actuación autónoma y, además, la organización del funcionamiento interno de sus servicios, de sus medios personales y materiales, entre otras materias de similares características, son también ajenas a la dirección del Fiscal –y de jueces y Tribunales– .

Como expresaba la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales.

Por ello, tanto en un caso como en otro, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer.

4.- Médico Forense. También resulta posible que el Médico forense, acuerde la toma de muestras y las obtenga directamente (o envíe el material biológico para la obtención de la misma), remitiéndola para su análisis a los laboratorios de la Policía Judicial o al Instituto Nacional de Toxicología¹⁷¹.

Dicho funcionario actúa por orden del órgano judicial como funcionario adscrito al mismo al que se refieren los arts. 326.pfo 3º y 778.3 LECrim: "*El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense*

¹⁷⁰ Según nuestra opinión no sería óbice que pudiera igualmente solicitarse la prueba de un laboratorio privado, acreditado y previa autorización judicial, guardando la cadena de custodia de la muestra, si bien parece aconsejable que ésta no se realice sólo por éste, dada además la facilidad de conseguir, a través de la técnica de pcr, copias de la muestra.

¹⁷¹ 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 suponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al art. 15 C.E., graves calificativos 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 y 57/1994).

*u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale"*¹⁷²

b) Cadena de custodia

Una vez obtenida la muestra, la cuestión más relevante es conseguir la corrección del procedimiento, tanto en su faceta jurídica como en la biológica, con el fin de que la prueba obtenida cuente con todas las garantías. Lo primero que habrá de resolver cuál es la naturaleza jurídica que tienen las muestras, coligiendo que al amparo de lo dispuesto en el art 334 y ss. de la LECrim forman parte del cuerpo del delito por lo que son piezas de convicción que habrán de ser conservadas hasta su almacenamiento o destrucción por orden judicial.

Además dado el carácter de prueba preconstituida de los análisis de ADN, análisis que desarrollaremos en otra parte de esta tesis, debido a) a que el material obtenido es perecedero, b) que habrá de practicarse el citado análisis en el laboratorio correspondiente al que habrá que viajar, c) que dicho análisis no puede ser reproducido, sino su resultado, en el juicio oral y d) que es susceptible de ser sometido a contradicción, hace que se extremen y regulen las condiciones de obtención y custodia de la muestra con el fin de que las que lleguen a los meritados laboratorios a) sean las obtenidas y no otras, b) que lleguen en condiciones óptimas y c) que se pueda dar fe de los funcionarios o agentes intervinientes desde la recogida hasta la entrega al laboratorio.

¹⁷² Preceptos que fueron objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2010 que, en un caso en el que se interesó la nulidad de la prueba de ADN, concretamente de la fase de recogida de la muestra habida en los objetos personales de la víctima, que fueron entregados dos días después por su padre, no a la Policía Nacional o a la Guardia Civil, sino al Médico Forense, declaró que "el recurrente confunde los preceptos de la inspección ocular (art. 326 y 778-3 L.E.Crim.) con la práctica de una prueba sobre fluidos que se hallan contenidos en una prenda íntima de la propiedad de la ofendida, que a requerimiento del forense, el cual a su vez actúa por orden del juez, entrega para su análisis. Cosa distinta es que las bragas hubieran sido habidas en el lugar de los hechos, en cuyo caso la policía judicial que levanta el atestado e inspecciona el lugar debería actuar de conformidad a los preceptos citados por el recurrente, pero ése no era el caso. Es de elemental lógica concluir que la mayor garantía de conservación, tratamiento y remisión de una muestra biológica al Laboratorio Oficial de análisis se consigue con más alto grado de profesionalidad y especialización a través de la intervención del médico forense, funcionario adscrito al juzgado, que por la policía judicial, y es por tal razón por la que los preceptos supuestamente infringidos (art. 326 p.3º y 778-3º L.E.Crim.) prevén la intervención del médico forense".

GÓMEZ COLOMER¹⁷³ resume qué se hace técnicamente con los vestigios biológicos recogidos: “el análisis se realiza siempre por un laboratorio oficial acreditado¹⁷⁴, de acuerdo con los protocolos elaborados por la Comisión Nacional sobre el Uso Forense del ADN, en virtud de lo dispuesto en la DA 3ª LECrim, respetando la cadena de custodia”. A partir de ahí siguiendo a DE HOYOS SANCHO¹⁷⁵, los protocolos ordenan: pasos previos al análisis pericial: se requiere una correcta recogida del vestigio porque ello es de vital importancia para el correcto análisis que va a efectuar el laboratorio (muchos análisis resultan infructuosos porque la toma de muestras se hace de manera descuidada), aptitud y calidad del laboratorio de Genética Forense acreditada y finalmente el análisis pericial. El proceso de recogida, traslado y custodia de las evidencias adquiere un especial relieve en tanto que se debe garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba pericial que se realice sobre las muestras e indicios obtenidos en la investigación criminal¹⁷⁶.

La cadena de custodia es, según RICHARD GONZÁLEZ, el nombre que recibe el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal que tiene por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba.¹⁷⁷ Se pretende con ésta, la trazabilidad de las evidencias o según FERNÁNDEZ ENTRALGO¹⁷⁸, asegurar el tracto sucesivo.¹⁷⁹

¹⁷³ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El Análisis de ADN”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Pág. 49

¹⁷⁴ A mi juicio parece que no existiera ningún inconveniente legal que dicho análisis fuera practicado por un laboratorio privado pero siempre que contara con la correspondiente homologación.

¹⁷⁵ Vid. DE HOYOS SANCHO, M.: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”. Estudios de derecho judicial núm. 155. CGPJ. Escuela Judicial de Madrid 2009 Pág. 215 y ss.

¹⁷⁶ Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M.: “La cadena de custodia en el proceso penal español” Ed. La Ley. Madrid. Número 8187 • Viernes, 8 de noviembre de 2013 . Pág. 1

¹⁷⁷ Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M.: “La cadena de custodia en el proceso penal español” Op. cit. Pág. 3

¹⁷⁸ Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: Una correcta cadena de custodia ha de basarse en los principios de aseguramiento del tracto sucesivo del objeto custodiado desde su aprehensión hasta que se disponga su destino definitivo. SAP Huelva. Sección 1ª de 25 de junio de 2007, Ponente FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. núm. 13/2007. De otro modo la prueba podrá ser declarada inválida a efectos de fundar una sentencia de condena.

¹⁷⁹ La cadena de custodia ha sido estudiada en numerosas ocasiones por el TS. Por todas ellas, el análisis que RICHARD GONZÁLEZ en “La cadena de custodia en el proceso penal español” Op. cit. Págs. 3 y 4 hace de la STS 776/2011 de 20 de julio «El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en STS 6/2010 de 27.1 “es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la ‘mismidad’ de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la

seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye"». En cualquier caso, más allá de las diferencias de estilo en la definición existe un cierto consenso sobre el modo en el que la cadena de custodia se relaciona con la investigación y la prueba en el proceso penal. En este sentido podemos señalar como características de la cadena de custodia las siguientes:

La cadena de custodia constituye un sistema formal de garantías que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por todas y cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve como garantía de la autenticidad e indemnidad de la prueba. Para MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA la cadena de custodia permite acreditar la genuinidad e integridad del objeto analizado, la correspondencia entre el mismo y el análisis o informe, en definitiva, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina la «verosimilitud de la prueba pericial» y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. 2. La cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de la prueba pericial. A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia dependen de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis. Es por ello que en una situación ideal sería que el propio perito que realizará el análisis fuera el que procediese a la recogida de las muestras y evidencias, ya que el análisis pericial puede quedar determinado, en gran medida, por el modo como se obtiene y se conserva la muestra a analizar. Ahora bien, esta es una dinámica de trabajo difícil de establecer de modo general y tal vez poco operativa, de modo que bastará con que los técnicos forenses, sean policías o no, actúen conforme con los criterios legales y/o reglamentarios establecidos. A ese fin sirve, precisamente, la Orden JUS de 2010, (...) (hace referencia a la orden JUS/1291/2010), que establece los protocolos sobre recogidas de muestras y rastros y su envío al laboratorio. Lo importante, en definitiva es que en todo informe pericial se contenga la información precisa de los actos de recogida, aprehensión y la cadena de custodia seguida con relación las evidencias o muestras objeto de análisis. En caso contrario se podrá poner en duda el resultado con base en la falta de verosimilitud de la prueba. 3. La cadena de custodia se refiere y está asociada a la prueba como actividad y también como resultado. Efectivamente, la cadena de custodia determina la validez de la prueba e, indirectamente, de su resultado por cuanto la infracción de sus normas puede determinar que se «aparte» o «expulse» del procedimiento penal la evidencia y/o el resultado que se contuviere en el informe pericial. No puede haber un juicio justo sin una actividad probatoria válida y de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Siendo así, la relación directa de la evidencia con los hechos objeto de enjuiciamiento y su verosimilitud respecto de la prueba pericial son requisitos para su validez. A ese fin es necesario que se garantice que las evidencias que sirven de prueba estén relacionadas con los hechos y que no hayan podido ser alteradas o modificadas desde su recogida hasta su aportación como prueba al juicio oral. En consecuencia, la cadena de custodia garantiza la verosimilitud de la prueba y por tanto se constituye en requisito necesario del proceso penal, sin el cual no puede hablarse de un juicio justo y con todas las garantías. En ese mismo sentido se pronuncian la STS 1311/2005, de 14 de octubre, para el que la fiabilidad de las muestras indirectas dependerá, por un lado, de la situación y circunstancias en las que se encuentren (ubicación, grado de degradación, soporte, etc.), y por el otro, de la observación del protocolo adecuado en el proceso de recogida (método usado, cadena de custodia, documentación de la recogida, etc.). Así, el Tribunal enjuiciador debe tener en cuenta todos estos datos que rodean a la muestra

indirecta a la hora de valorar su fuerza de convicción y la AP Las Palmas en SAP , Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 que declara que: «... la vinculación de la cadena de custodia a la verosimilitud de la prueba, determina la vinculación de la actividad probatoria del proceso penal con los grandes principios que lo inspiran, de manera que sin verosimilitud de la prueba no puede hablarse siquiera formalmente de juicio justo o “proceso con todas las garantías” como declaró la STC de 29 de septiembre de 2003, antes citada, que otorgó el amparo precisamente por “rotura de la cadena de custodia” en cuanto, como también dijo la STC de 24 de octubre de 2005, “ante una rotura de la ‘cadena de custodia’ de una prueba resulta prácticamente imposible defenderse en el caso de que los Tribunales estén dispuestos a validarla y sirva como prueba de cargo”». 4. La cadena de custodia puede acreditarse documentalmente o mediante testimonio. Efectivamente, nada impide que la cadena de custodia se acredite mediante el testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y/o conservaron las evidencias. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el atestado policial donde se suelen contener los actos de la cadena de custodia tienen la consideración de denuncia por lo que suele ser necesario traer al plenario a los policías que actuaron en los actos de la cadena de custodia. De modo que para la plena convalidación de los actos de cadena de custodia será necesaria la declaración en el juicio oral de los agentes que la efectuaron, siempre que alguna de las partes alegue infracción y solicite su presencia. En caso de que la cadena de custodia esté debidamente documentada y no exista ninguna clase de impugnación la jurisprudencia viene considerando que no se producirá ninguna clase de irregularidad pudiendo valorarse la prueba conforme resulta del informe pericial. En cualquier caso, la naturaleza de garantía formal de la cadena de custodia, como en definitiva de muchos actos del proceso penal, debería determinar que el testimonio de los funcionarios que actuaron en el asunto no pudiera suplir la carencia absoluta de documentación que acredite los actos de custodia sobre las evidencias obtenidas en la investigación criminal. 5. Finalmente, cabe señalar que no afectan a la cadena de custodia los problemas que se puedan plantear con relación a evidencias que puedan haber quedado en la escena o lugar del delito tras una primera inspección de la policía. Este es un supuesto que puede darse y que no se relaciona directamente con la cadena de custodia, sino con la acreditación de la autoría mediante la prueba de la relación entre los hechos delictivos y los acusados.. La decisión que toma la AP Tenerife es considerar que debe prevalecer la presunción de inocencia y el in dubio pro reo. 6. Finalmente, también debe distinguirse la cadena de custodia de determinadas actividades de investigación o documentación que puedan practicarse sobre los efectos intervenidos y que suelen incluirse junto con los actos de la cadena de custodia. Este es el supuesto, por ejemplo, del pesaje, aplicación de reactivos o destrucción de las de sustancias aprehendidas, la grabación de videos, toma de fotografías. Estos actos suelen aportar mayor información y detalle sobre lo incautado, pero no se corresponden estrictamente con los actos necesarios de garantía de la cadena de custodia. Por esta razón, las diferencias de descripción de los efectos, de la indicación de su naturaleza o del peso de lo incautado no implican necesariamente una ruptura o irregularidad en la cadena de custodia. Véase sobre esta cuestión la SAP Huelva, Secc. 1.a, de 25 de junio de 2007, Ponente: Fernández Entralgo, Jesús, núm. 13/2007.

Para MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en definitiva, se impone una actuación protocolizada que asegure el rápido aislamiento de la escena (evitando posibles contaminaciones o transferencia de indicios) para una adecuada recogida y documentación de los indicios biológicos por personal especializado y el aseguramiento de la correcta conservación y custodia de las muestras. La norma ISO/IEC 17025 para laboratorios de ensayo, también destinada a los que analizan ADN, y de aplicación en España, establece normas que garantizan la cadena de custodia: En principio, cada paso debe quedar reflejado

En relación con las garantías de custodia de las evidencias de ADN, el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de julio de 2012 establece que "es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de lo que se ha denominado *la mismidad de la prueba*" (STS 1190/2009, de 3 diciembre).

A tal respecto, la doctrina mayoritaria coincide en recalcar que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico, con el fin de identificar plenamente el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge en el lugar del delito hasta el momento final en que se estudia, y en su caso, se destruye¹⁸⁰.

En lo tocante a qué muestras serán las que se recojan para su remisión al laboratorio para análisis, habrá que limitarlas a aquellas que tengan mero valor identificativo, excluyendo el ADN que pueda aportar información sobre datos de salud¹⁸¹.

c) Práctica del análisis

Por tratarse de una intervención corporal, comenzaremos su estudio por el análisis de estas diligencias¹⁸²

documentalmente con las firmas de las personas competentes en cada entrega de la muestra, que habrá de estar en todos los pasos perfectamente identificada y relacionada con el ensayo y los resultados obtenidos. Han de anotarse todos los detalles relativos al análisis, los lotes de reactivos utilizados, métodos y equipos empleados, fecha y firma de la persona que realiza el análisis y cualquier incidencia que haya acontecido durante el proceso.

Vid MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "La prueba de ADN en el proceso penal. Especial referencia a su admisión y particularidades en la Justicia Juvenil". Ed. CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación núm. 16. Madrid 2014. Pág. 47 y ss.

¹⁸⁰ Vid por todos ORTEGA REINOSO, G.: "Biotecnología y derechos de la persona. El análisis del ADN en la investigación criminal, desde una perspectiva jurisprudencial" (Rev. Fac. Derecho de la Univ. de Granada, nº 15) 06/03/2015 Pág. 3. Epígrafe 3. Acuerdo del Juez de Instrucción.

¹⁸¹ Vid REVIRIEGO PICÓN, F.: "La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España". Barcelona, España los días 21 y 22 de febrero de 2013. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2015. Epígrafe 15.

¹⁸² Vid ETXEBERRÍA GURIDI: "Los análisis de ADN...". Op. cit. pág. 161 Al referirnos a la naturaleza jurídica de los análisis de ADN se ha puesto de relieve que el carácter pericial de los mismos resulta atenuado en vista de la dimensión que adquieren otros aspectos, básicamente la incidencia en la esfera de los derechos fundamentales del individuo. (...) Cabe cuestionar, como se ha indicado, la cientificidad del propio método. ETXEBERRÍA GURIDI: "Las intervenciones corporales : su práctica y valoración como prueba en el proceso penal", Op. cit. Pág.311: no cabe interpretar restrictivamente dicho requisito, la intervención de saliva o de cabellos no requieren ser practicadas por un médico, sino que es suficiente que sean realizadas por quien tenga la cualificación necesaria para llevarlas a cabo. Cuando la misma sea exigible, como es el caso de la venopunción, bastará que se realice por una enfermera o

La STC 207/1996, de 16 de diciembre (ponente GIMENO SENDRA), estableció la doctrina de la realización de las intervenciones corporales que podemos resumir del siguiente tenor: “Con el fin de precisar aún más esta doctrina dentro del ámbito en el que aquí nos movemos, habrá que señalar que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

- a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad
- b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a

auxiliar de enfermería y no por un médico. La presencia de este último solo resultara necesaria cuando se trate de una medida de investigación corporal que por su naturaleza lo requiera, como pueda ser un examen ginecológico. En los demás casos, ciertamente, no parece necesaria tal cualificación para llevar a cabo la medida, bastando su realización por personal paramédico y, a veces, ni siquiera es imprescindible tal personal, aunque resulte recomendable su intervención.

la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)

En lo referente a la praxis de este tipo de intervenciones corporales, especialmente aquellas que de una u otra forma afectan a la integridad física del sujeto investigado, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estatuyen como requisito su realización por personal sanitario¹⁸³. Para DUART ALBIOL, no puede darse una regla general para todo tipo de investigaciones corporales, siendo preciso estudiar cada caso por separado. Así, en el caso de una inspección corporal, en principio no parece necesaria su práctica por personal sanitario ni siquiera cuando afecte a zonas íntimas del cuerpo, puesto que el examen del cuerpo en que la medida consista puede llevarse a cabo por personas sin conocimientos médicos¹⁸⁴.

En cualquier caso, el análisis goza de la naturaleza de prueba pericial, pero, a diferencia de otras pericias, tanto el Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa ratificado en 1997¹⁸⁵, como la Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos humanos del mismo año¹⁸⁶, proponen una regulación específica de forma tal que dotan a esta pericia de una sustantividad singular que la diferencia del resto de pruebas de igual naturaleza.

Tal prevención trae causa del material en estudio objeto de la pericia, dado que el ADN contiene información de carácter muy sensible sobre la que pesa obligada reserva al afectar a derechos fundamentales de las personas, lo

¹⁸³ “En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC/7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características “ (f.j.4 F b). Vid GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N: “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Op. cit. Págs. 290-291. Determina la exigencia que se practique siempre por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex- artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona. En el mismo sentido que el anterior, MONER MUÑOZ, E.: “Las intervenciones corporales”, Op. cit. Pág. 180,

¹⁸⁴ Vid DUART ALBIOL, J.: “Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal”. Bosch Editor. Barcelona 2014. Pág. 161

¹⁸⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Publicado en: «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830

¹⁸⁶ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997.

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

que determina la implementación de mecanismos de control y aseguramiento que los garanticen¹⁸⁷.

Esto se traduce en un esfuerzo legislativo que persigue la homologación de protocolos de actuación, bases científicas, acreditación y homologación de laboratorios y, sin entrar en el perfil del perito en lo relativo a su titulación¹⁸⁸, plantea una serie de requisitos exigibles a los peritos profesionales de laboratorio.¹⁸⁹

Se trata, sin duda, de extremos de singular trascendencia ya que del cumplimiento escrupuloso de las exigencias de competencia profesional, homologación de laboratorios y observancia de los protocolos científicos en la obtención de la muestra así como en su custodia y análisis, depende la valoración de la prueba pudiendo viciarla de nulidad si carece de las formalidades oportunas.

Para ETXEBERRÍA GURIDI, tras una dudosa etapa inicial en la que se relativizaban estas exigencias, hoy puede afirmarse que los métodos genéticos aplicados en el ámbito forense gozan del reconocimiento científico general¹⁹⁰.

¹⁸⁷ El carácter de prueba pericial es considerado por la doctrina. Así lo recogen por ejemplo CADENA SERRANO, F: "La prueba de ADN en el proceso penal" Cap. El ADN en la doctrina del Supremo. Coordinador Gómez Colomer J. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014 pág. 155.

¹⁸⁸ Se desarrollan desde obligaciones profesionales y normas de conducta (Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso), homologación de protocolos (podrán redactarse protocolos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, con el fin de desarrollar, en los ámbitos específicos, los principios contenidos en el presente Convenio. Los protocolos quedarán abiertos a la firma de los signatarios del Convenio. Serán sometidos a ratificación, aceptación o aprobación. Un signatario no podrá ratificar, aceptar o aprobar los protocolos sin haber ratificado, aceptado o aprobado el Convenio con anterioridad o simultáneamente) hasta las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano (imponiendo a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto. Los Estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en la presente Declaración).

¹⁸⁹ La Comisión Nacional para el uso forense del ADN ha trabajado también en la elaboración de un borrador sobre recomendaciones para la elaboración de los informes periciales en genética forense y la expresión de los resultados incluyendo los siguientes aspectos: Recomendaciones y estándares internacionales tanto de los organismos de acreditación como de las sociedades internacionales de genética forense. Estructura y formato del informe pericial. Expresión de los resultados (análisis preliminares y análisis genéticos). Para mayor información consultar:

https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Memoria%20ADN%202013_cast.pdf?idFile=84eed718-8fac-4364-8ed5-8d560edfebf4

¹⁹⁰ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.: "Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal". Op cit. Pag.162. para el citado autor que el método resulte científicamente admitido no evita que

La Recomendación R (92) del Consejo de Europa sobre el uso del ADN en la Justicia Penal¹⁹¹, planteaba en su momento la necesidad de un control sobre los análisis de ADN junto con la acreditación de los laboratorios e instituciones al decir: “Los Estados miembros deberán garantizar que se elabore una relación de laboratorios o instituciones acreditadas que satisfagan los criterios siguientes: Elevada formación y capacitación profesional, junto con los apropiados procedimientos de control de calidad, Calidad científica. Adecuada seguridad de las instituciones y de las sustancias objeto de investigación. Adecuadas medidas de protección que garanticen la total confidencialidad en relación con la identificación de la persona a la que se refiera el resultado del análisis de ADN. Garantías de que se observan los requisitos establecidos en la presente Recomendación”. Los Estados miembros deberán establecer un medio de ejercer una supervisión periódica de sus laboratorios acreditados”.

Según el artículo 363 LECrim¹⁹², adoptada la decisión por el Juez Instructor de practicar los análisis de ADN, tanto la policía judicial como el forenses enviarán las muestras a los laboratorios oficiales o al Instituto Nacional de Toxicología a fin de realizar análisis para obtener perfiles de ADN.

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, regula de una forma más flexible, y a la vez garantista, que el análisis sólo lo podrán realizar los laboratorios que estén acreditados^{193, 194},

las complejidades técnicas que rodean su práctica, así como la tendencia a escatimar costos, favorezcan la comisión de frecuentes errores achacables, no al método en sí sino a su concreta aplicación. De todo ello el autor deriva la necesidad de establecer rigurosos controles de calidad sobre los laboratorios que realizan los análisis de ADN, y a su vez, la de estandarización de los procedimientos, esto es, la implantación convencional de unas pautas básicas a observar por todos los laboratorios que se dedican a esta modalidad de análisis pudiese de otra manera no puede hacerse efectivo el control sobre la idoneidad de los resultados obtenidos.

¹⁹¹ R (92) del Consejo de Europa sobre el uso del ADN en la Justicia Penal: Aprobada por el Comité de Ministros el 10 de febrero de 1992 en la 470ª reunión de ministros adjuntos. En el punto 6 establece que el Análisis de ADN es una técnica avanzada que únicamente debe ser realizada por laboratorios que posean las instalaciones y experiencia apropiadas.

¹⁹² 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. Párr. 2º añadido por disp. final 1.1 c) de Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre RCL\2003\2744 Téngase en cuenta la disp. final 5a que establece que esta modificación entrará en vigor el día siguiente a su publicación, es decir, el 27 de noviembre de 2003.

¹⁹³ Vid SOLETO MUÑOZ, H.: “La identificación del imputado” Ed Tirant Lo Blanch. Valencia 2009. Págs. 81 a 166.

¹⁹⁴ La citada LO 10/2007 manifiesta: Artículo 5. Laboratorios acreditados. 1. Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre

En el ámbito de la Unión Europea¹⁹⁵, además de los esfuerzos concretos realizados a través de Europol, la Resolución del Consejo de 9 de junio de 1997 reguló el intercambio de resultados de ADN y, posteriormente, la Resolución del Consejo de 25 de Junio de 2001¹⁹⁶ sobre intercambio de resultados de análisis de ADN, determinó las definiciones de conceptos básicos como marcador de ADN, resultado de análisis de ADN, grupo de estándares europeo (ESS), ESS marcador y ESS resultado de análisis¹⁹⁷.

Los resultados de los análisis siguiendo los estándares europeos se grabarán siguiendo técnicas científicas¹⁹⁸ basadas en los estudios llevados a

la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios. 2. Solo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.

¹⁹⁵ Vid SOLETO MUÑOZ, H: "La identificación..." óp. Cit. Págs. 81 y ss.

¹⁹⁶ (Boletín Oficial C.E. 187, de 3 de julio de 2001)

¹⁹⁷ La citada resolución en la parte que interesa dice: I. CREACIÓN DE BASES DE DATOS NACIONALES SOBRE ADN 1. Se invita a los Estados miembros a que consideren la creación de bases de datos nacionales sobre ADN. 2. Con vistas al intercambio de resultados de análisis del ADN entre los Estados miembros, se invita a éstos a que estructuren dichas bases de datos con arreglo a normas comunes y de forma compatible. Las posibilidades de intercambio se limitarán al intercambio de datos de la parte no portadora de códigos de la molécula del ADN, de la que cabe suponer que no contiene información sobre rasgos hereditarios específicos. 3. Los Estados miembros, al crear un sistema informático para los resultados de los análisis del ADN, deberían tener en cuenta, en la medida de lo posible, los resultados de la investigación realizada por el grupo de trabajo de la OIPC-Interpol sobre ADN. II. NORMALIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DEL ADN.

1. Sobre la base de estudios se determinará la norma que haya de emplearse. 2. Con vistas a un intercambio a escala europea de los resultados de análisis de ADN, se insta a los Estados miembros a que estructuren los resultados de los análisis de ADN utilizando preferentemente marcadores de ADN idénticos. III. GARANTÍAS JURÍDICAS 1. Corresponderá a cada Estado miembro decidir las condiciones en que podrán almacenarse en bases nacionales de datos los resultados de análisis del ADN, así como los delitos respecto de los cuales deba procederse a dicho almacenamiento. 2. La toma del ADN para el almacenamiento de resultados de análisis del ADN deberá ir acompañada de garantías que protejan la integridad física de la persona de que se trate. 3. La legislación nacional en materia de datos personales tendrá que ajustarse al Convenio Europeo IV. INTERCAMBIO DE RESULTADOS DE ANÁLISIS DEL ADN A NIVEL EUROPEO 1. El Consejo insta a que se estudie con detenimiento un sistema de intercambio de información. Se podría contemplar la creación de una red de bases de datos sobre ADN nacionales compatibles. El sistema deberá ofrecer suficientes garantías por lo que respecta a la seguridad y a la protección de los datos de carácter personal. 2. La organización de este intercambio de información deberá limitarse a los resultados de análisis del ADN que por comparación puedan mostrar si una persona figura en un archivo o si se puede establecer una relación entre una persona y los indicios encontrados en el entorno del delito. 3. Deberá estudiarse la necesidad de crear una base de datos sobre ADN europea como segunda fase, una vez que se den las condiciones para el intercambio de los resultados de análisis de ADN. 4. Se estudiará un cometido apropiado para Europol. V. CONCLUSIÓN El Consejo insta a que en un plazo de un año a partir del establecimiento de la presente Resolución se le presenten recomendaciones concretas con vistas a su aplicación.

¹⁹⁸ Vid LORENTE ACOSTA, J./LORENTE ACOSTA, M.: "El ADN y la identificación en la investigación criminal..." Op. Cit. Pág. 138 y ss.

cabo por la Red Europea de Institutos de Ciencia Forense (ENFSI)¹⁹⁹. La Resolución, además, incluye como anexos una lista de los marcadores de ADN que han de usar los Estados miembros para los análisis con fines legales y el formulario a utilizar en los intercambios de resultados entre Estados Miembros.

Sujetos pasivos

Analizaremos en este epígrafe tres supuestos diferenciados: toma de muestras del investigado, de muestras sin contar con su consentimiento y, muestras de la víctima

a) *Toma de muestras del investigado*

El art. 363 LECrim dice: “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 razonabilidad²⁰⁰”.

Para la obtención de dichas muestras distinguiremos los supuestos siguientes:

1.- *Sobre el cuerpo del sospechoso con su consentimiento*²⁰¹. La jurisprudencia destaca al respecto que “el consentimiento actuará como

¹⁹⁹ Home Office Circular 16/95: National DNA database y Criminal Justice and Public Order Act. 3 de noviembre de 1994. En Código de Leyes sobre Genética ROMEO CASABONA, C. Ed. Cátedra de derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia. Universidad de Deusto. Bilbao 1997, pág. 424 y ss.

²⁰⁰ Vid SORIANO SORIANO, J.: “La prueba pericial de ADN: problemas procesales” Estudios de Derecho Judicial. 120/2007. Ed. CGPJ. Madrid 2007. Pág. 406. Para el citado autor la nomenclatura de sospechoso suscita las siguientes cuestiones: No limita al sospechoso de tal o cual delito, ni a su gravedad. (...). Debe remitirse a los criterios de “proporcionalidad y razonabilidad” y a la mención: “siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen”. Han de concurrir con unos mínimos indicios. Sospechoso no es cualquiera. No cabe someter a la prueba a familiares, para a través de ellos llegar al supuesto autor. No serían sospechosos. El perito debe comunicar el resultado negativo de una prueba.

²⁰¹ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “El consentimiento en la toma de muestras de ADN”. Rev. Der. Gen. H 34/2011. Pág. 53. El consentimiento debe ser expreso, libre, no viciado e informado. En ese caso permitirá considerar que la prueba genética se ha realizado sin vulneración de derechos fundamentales. En igual sentido STS 211/1996, de 7 de marzo y el comentario a la misma de ETXEBERRÍA GURIDI, J.: en “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (parte I)”. Revista de Derecho y Genoma Humano” E. Cátedra Intrauniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Núm. 27. Bilbao, 2007. Pág. 40. Se trata de “garantizar a una persona un poder de control sobre sus datos personales (...) imponiendo (...) el derecho a que se requiera el previo consentimiento

verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de las muestras”²⁰².

Caso de que se trate de obtener muestras de una persona detenida, es necesario que ese consentimiento se preste a presencia letrada cuando se trate de la obtención de muestras de saliva u otros fluidos cuando sean necesarios para la definición del perfil genético: “Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 17.3 y 24.2 CE).

Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim”²⁰³. Será precisa la **asistencia letrada** en la prestación del consentimiento del imputado para la toma biológica de muestras para la práctica de prueba de ADN. Será necesaria cuando éste se encuentre detenido y en su defecto se precisará autorización judicial. Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.²⁰⁴

2.- *Sobre el cuerpo del sospechoso con autorización judicial.* La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN, establece en su Disposición Adicional 2ª que la toma de muestras biológicas, obtenidas directamente de una persona sospechosa sin su consentimiento, requerirá siempre la autorización judicial. Dicha norma incorpora un párrafo 3º al art. 326 LECrim que, en la parte que nos interesa dice:

a) "Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282.

b) 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

para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el uso y destino de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos”.

²⁰² STS 685/2010, de 7 de julio.

²⁰³ STS 827/2011, de 25 de octubre.

²⁰⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Acuerdo de 24 de septiembre de 2014.

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".

Con anterioridad a la reforma de 2003, la doctrina y la jurisprudencia mantenían un criterio casi unánime negando la legitimidad del uso de la vis compulsiva para la toma de muestras del ADN,²⁰⁵ entre otras razones por la falta de regulación legal de esta diligencia²⁰⁶.

Aunque la doctrina mayoritaria se mostraba unánime al admitir que la toma de muestras exigiría de una intervención corporal –fuera coactiva o no-, autores como LÓPEZ FRAGOSO²⁰⁷ admitían que en determinados supuestos podrían obtenerse las muestras sin que fuera precisa la injerencia en el cuerpo el imputado -como sucede en los casos en que dicha información pueda obtenerse de datos médicos ya existentes del investigado-, siendo éstos preferibles a aquellos que precisaren intervención corporal²⁰⁸.

Por el contrario, otro sector doctrinal encabezado por GOYENA HUERTA²⁰⁹ sostenían la necesidad de intervención corporal en todo caso, y que la toma de muestras lo fuera mediante una resolución judicial habilitante si constituía una obligación procesal, en cuyo caso cabía dos opciones ante la

²⁰⁵ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.; "El consentimiento en la toma de muestras de ADN". Op. cit. Pág. 64

²⁰⁶ Vid PÉREZ MARÍN, M.A. : "Inspecciones, registros e intervenciones corporales". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 43. Estando totalmente prohibida cualquier forma de fuerza física o compulsión personal directa para obligar al afectado a someterse a la práctica de la diligencia, no estamos ante una obligación, sino que nos encontramos ante una carga. Con relación a la prueba de ADN, y ante la falta de previsión legislativa, determina que, hoy por hoy, nuestro ordenamiento prohíbe la compulsión física.

²⁰⁷ Vid en el mismo sentido que el anterior, respecto del derecho procesal alemán ROXIN: "La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán". Atendiendo al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, mantiene que el procesado no tiene por qué colaborar con la investigación mediante un comportamiento activo, pero sí debe soportar aquellas injerencias corporales que puedan contribuir al reconocimiento de su culpabilidad.

²⁰⁸ Vid manteniendo una posición intermedia GIL HERNÁNDEZ, A.: "Intervenciones corporales y derechos fundamentales". Ed. Colex. Madrid. 1995. pág. 65, para el que la coactividad en la ejecución de las medidas de intervención corporal dependerá de su naturaleza y la correspondiente actividad que requiera por parte del sujeto pasivo, es decir, se han de distinguir los supuestos en que éste deba colaborar activamente en dicha práctica (...) en los que no podrá ser requerido coactivamente a ello, pues su conducta omisiva estaría dentro del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable del art. 24 CE, de aquellos otros en los que su comportamiento deba ser simplemente negativo, un dejarse hacer.

²⁰⁹ Vid GOYENA HUERTA, J.: "Las intervenciones corporales coercitivas". Ed. Actualidad jurídica Aranzadi, 2005. Núm. 695. Págs. 3-4, para quien el ordenamiento jurídico español vigente otorga cobertura legal bastante a las intervenciones corporales coactivas, no solo por mor de los artículos 326, 363, 339, 373, 375, 399, 478, 762.7a, 778.3 y 796.1.6a.7a LECrim, sino también, y muy especialmente, por lo dispuesto en el artículo 549 LOPJ, conforme a la redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que atribuye específicamente, entre otras, a la Policía Judicial la función de "la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal."

negativa de aquél: se podía constreñir al imputado a su cumplimiento mediante el uso de la fuerza²¹⁰, o bien, confiriendo valor procesal²¹¹, a la negativa a someterse a la prueba.²¹²

En este sentido, el Alto Tribunal en STC 37/1989, de 15 de febrero, consideró que el uso de la fuerza física constituiría un “supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la CE”. Por su parte y en relación con la extracción de sangre, el Tribunal Supremo consideró que para su práctica, era inexcusable la autorización del sometido a la pericia: “el consentimiento del sujeto, es decir, que éste voluntariamente se preste a la extracción”²¹³.

Por lo tanto, la jurisprudencia mantuvo que la negativa a someterse a una intervención corporal no podía salvarse mediante su exigencia coactiva, por lo que implícitamente admitió que el imputado podría negarse a su cumplimiento, debiendo soportar las consecuencias que se derivaren de tal rechazo²¹⁴.

²¹⁰ La Recomendación (92) 1 del Consejo de Europa señala que las “muestras obtenidas de personas vivas con fines médicos y su subsiguiente información que contienen, no deben ser utilizadas con el fin de investigar o perseguir delitos, salvo en circunstancias previstas expresamente por el derecho interno”.

²¹¹ Vid en el mismo sentido GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Ed. Cóllex. Madrid 1990. cit., págs. 294-295. Lo cierto es que si se acepta la legitimidad constitucional de la regulación de las medidas de intervención corporal y la conveniencia de su introducción en el ordenamiento, parece que no queda más remedio que considerar admisible y necesaria la utilización de la coacción directa para su aplicación. Aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en el éxito de la medida en virtud de los derechos constitucionalmente reconocidos en los arts. 17.3 y 24 CE, a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, sí se encontraría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resistiera, los órganos de persecución podrían legítimamente proceder a la detención del individuo y a la aplicación de la fuerza para llevar a efecto la medida, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resulte desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso.

²¹² Siguiendo dicha tesis, Vid: GÓMEZ AMIGO, L.: “Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal” Ed. Aranzadi. Navarra 2003. Págs. 47-48, El límite al empleo lícito de la fuerza física para la imposición de las medidas de intervención corporal se encuentra en que se respeten las garantías que deben concurrir en su ejecución, a saber, que no supongan una práctica vejatoria contraria a la dignidad de la persona, si afectan al derecho a la intimidad corporal, y que no supongan un riesgo para la salud ni produzcan sufrimientos de cierta entidad, si afectan a la integridad física.

²¹³ STS 2ª de 21 de junio de 1994

²¹⁴ STC 161/97 y ATC 61/83. Muchos son los que vieron en la citada sentencia una proscripción del uso a la vis compulsiva, si bien algunos constreñían dicho impedimento sólo a los exámenes ginecológicos que era lo que había resuelto el TC y no una prohibición general. Vid en tal sentido ASENSIO MELLADO, J.M.: “Prueba prohibida y prueba preconstituida” Ed. Trivium, 1989. Pág. 152 considera que los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna implican el derecho a no colaborar en la investigación de hechos propios, por lo que no se puede exigir al imputado la realización de una consulta positiva. En el mismo sentido que el anterior vid MATA LLÍN EVANGELIO, A.: “Intervenciones corporales ilícitas. Tutela penal”. Ed. Tirant Lo Blanch. En la citada línea GIL HERNÁNDEZ, A.: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”. Editorial Constitución y Leyes (Cóllex) S.A. Madrid 1995 excluyendo

Para algún sector doctrinal²¹⁵, el cumplimiento de la obligación procesal podía alcanzarse, indirectamente, mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que puedan seguirse de su negativa, o de la valoración que pudiera hacerse de esta negativa en relación con los indicios ya existentes²¹⁶.

la vis física, en todo caso, la coactividad en la ejecución de estas medidas dependerá de la naturaleza y de la actividad que requiera por parte del sujeto pasivo, distinguiendo los casos en los que éste deba colaborar activamente en su práctica (en los que no podrá ser requerido coactivamente a ello, pues su conducta omisiva a entraría dentro del derecho a no declarar contra sí mismo previsto en el art. 24 CE) de aquellos en los que su comportamiento sea simplemente negativo y consista en dejarse hacer.

En igual sentido vid SOMOZA CASTRO, O.: "La muerte violenta. Inspección ocular y cuerpo del delito". La Ley. Madrid 2004. Pág. 461 apunta también la posibilidad del uso de la vis coactiva. VARELA AGRELO, J.: "El cuerpo humano como medio de prueba en especial en las intervenciones corporales". Boletín del Ministerio de Justicia nº 1772 pág. 25. El autor también propugna la posibilidad del empleo de la fuerza para vencer la resistencia de quien, injustificadamente se niegue a someterse (...) a intervenciones corporales (...) para realizar un análisis de ADN.

En la perspectiva opuesta GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: "Proporcionalidad y derechos fundamentales (...)". Op. cit. Pg. 294 y ss. El citado autor estima necesaria la utilización de la coacción directa para la aplicación de medidas de intervención corporal, pues aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en su ejecución, si estaría a juicio del citado autor, obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resistiese, los órganos podrían legítimamente proceder a la detención del individuo y el uso a la fuerza para llevar a cabo dicha medida, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no fuera desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso.

Valencia. 2008. Pág. 120

²¹⁵ Vid LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T: "Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal". Estudios de derecho judicial núm. 36: Genética y derecho, 2001. Ed. CGPJ. Madrid Pág. 164

²¹⁶ STS 2ª 7 de junio de 1994. Vid HUERTAS MARTÍN, "El sujeto pasivo..." Op cit. pág. 403 y ss. Para la citada autora dicha situación jurisprudencial anterior a la actual reforma, en la que no existía soporte normativo que estatuyera la obligación de someterse a una intervención corporal (a excepción de las pruebas de detección alcoholimétricas) hacía que no pudiera hablarse de obligación procesal sino de carga (...). Esto es, "que ante la negativa injustificada del imputado a someterse a una medida de intervención corporal, se derivaría de aquel una desventaja procesal consistente en que dicha conducta pudiera ser valorada como indicio de culpabilidad por el órgano judicial sentenciador" En igual sentido RIPOLL CARULLA, S: "La protección de los datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa (parte II). Rev. Der. Gen. Hum., nº 6, 1997. Págs. 115.

Sin embargo para LÓPEZ FRAGOSO para el análisis de ADN en el proceso penal no siempre será necesario realizar una intervención corporal, ni siquiera leve, puesto que los datos genéticos pueden obrar en el expediente médico del investigado, pudiendo acudir a los mismos, con conocimiento del imputado, "pues una cosa es su falta de consentimiento y otra distinta su falta de conocimiento". Para ello tras diseccionar lo dispuesto en el LO 15/99 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, no exige el consentimiento del interesado cuando la "comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, Jueces o Tribunales...". Aboga pues en su posibilidad advirtiendo que aquí la coerción física se sustituye por coerción jurídica.

Para MARTIN PALLÍN: "La información en los centros sanitarios: situación actual, conflictos y tendencias". En Estudios de Derecho Judicial. 1997, nº 7, v.I. Información y Documentación Clínica. Pág. 154 respecto a los datos médicos pudiera tener valor un análisis realizado a esa persona en el curso de una investigación médica y el posible secreto profesional debería ceder a las exigencias de la investigación criminal.

El TEDH ya se pronunció al respecto declarando que la confidencialidad de los datos médicos puede decaer en el caso de la persecución de los autores de infracciones penales cuando los

Esta posibilidad fue negada unánimemente por la jurisprudencia, pero al sostener que la negativa a someterse a la pruebas biológicas no podía implicar una *ficta confessio*, considerando, no obstante, que la conducta obstruccionista y antisocial de quien injustificadamente se niega a aquel reconocimiento, constituye un fraude de ley o un abuso de derecho que puede representar en el proceso un indicio a conjugar con otros elementos probatorios²¹⁷.

Ahora bien, esa corriente doctrinal que justificaba el uso de la vis física en la práctica de algunas intervenciones corporales con el fin de obtener muestras de ADN²¹⁸, se oponía frontalmente con la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que mantenía: “Según la opinión mayoritaria de la doctrina avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado”²¹⁹

Esta corriente jurisprudencial era consecuencia de la falta de regulación expresa de esta diligencia ante la negativa del sometimiento del investigado.

intereses colectivos posean mayor importancia que los del afectado. Sentencia 25 de febrero de 1997 Caso Z contra Finlandia)

Como comentario a la citada sentencia v FREIXES SAN JUAN, T. “La protección de datos automatizados por el TEDH” Informática y Derecho. Aranzadi. Pamplona 1997. pág 47.

Para ROMEO CASABONA, C: “Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles”. Estudios de derecho judicial, N.º. 7, 1, 1997 (Ejemplar dedicado a: Información y documentación clínica), págs. 305-360. Nos advierte el autor que para el Consejo de Europa los datos genéticos-datos sensibles o de protección privilegiada- pueden, excepcionalmente, ser cedidos siempre que tal posibilidad esté prevista en la norma interna y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática con el fin de reprimir una determinada infracción penal.

Sigue la línea de la Recomendación R(97)5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros relativa a la protección de datos médicos de 13 de febrero de 1997 (sustituye a la anterior R (81), de 23 de enero de 1981).

²¹⁷ SSTS de 14 de noviembre de 1987, 14 de julio de 1988, 5 de diciembre de 1988, 20 de julio de 1990, de 6 de febrero y de 14 de mayo de 1991. ²¹⁷ Para LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: “Las pruebas biológicas en el proceso penal.- Consideraciones sobre la identificación por ADN”. En derecho y salud, 1995. Vol. 2, n.º 3 pág. 201, defiende la solución indirecta de considerar la negativa como un delito de desobediencia. En similar sentido Instrucción n.º 6/1988, de 12 de diciembre de 1988, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas, a ser objeto de reconocimiento médico o radiológico.

²¹⁸ Vid FERNÁNDEZ ACEBO, M.: “Las intervenciones corporales en el ordenamiento jurídico español” Ed. Aranzadi. 2014. Pág. 276

²¹⁹ STS 2ª 107/2003 de 4 de febrero. Ponente Sr. Martín Pallín. En STS de 14 de julio de 1988 concluía que, aunque la ley española no establece los efectos de tal negativa: “debe dársele alguno, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de establecer un medio de prueba cuya omisión no tiene consecuencia alguna”.

A la vista del estado de la cuestión y del análisis de nuestro derecho interno, MORENO VERDEJO²²⁰ advertía que sería necesaria una reforma legislativa que introdujese su ejecución forzosa, al advertir que la reforma llevada a cabo en el 2003 (con la L.O. 15/2003²²¹), no había resuelto expresamente dicha cuestión, al entender insuficiente la previsión contenida en el artículo 363 LECrim, al carecer de rango normativo suficiente. Esta misma línea fue la que siguió la comisión encargada de la reforma de la LECrim al proponer dicho recurso a la vis compulsiva, extremo que fue finalmente recogido en el proyecto de reforma.

La reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (operadas por la LO 1/2015²²²; y, LO 13/2015²²³, respectivamente), modificó esta situación al autorizar y regular el uso de la fuerza caso necesario para la toma de muestras con fines de identificación genética del siguiente tenor:

Art. 129 bis CP: “si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial.

Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

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

Art. 520.b c) LECrim autoriza, en los casos en que el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, a que el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal imponga la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

²²⁰ Vid MORENO VERDEJO, J.: “ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la ley 15/2003, de 25 de noviembre. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Madrid 2004. Pág. 1835-1836

²²¹ LEY ORGÁNICA 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOEnúm.283. Miércoles 26 noviembre 2003

²²² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

²²³ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015,

Como conclusión, se hace obligado afirmar que, en la actualidad, se podrá compeler a la ejecución de la prueba siempre que exista una resolución judicial habilitante, cuya realización estará presidida por la exigible proporcionalidad de la actuación, empleando en todo caso la menor fuerza necesaria²²⁴.

No obstante lo anterior cabe una especial referencia a los procesos de menores. Para algunos autores entre los que se encuentran ÁLVAREZ DE NEYRA-KAPPLER²²⁵ el "régimen especial del menor y la especial cautela y tratamiento que deben observarse, no deben impedir la investigación del ilícito por todos los medios legales disponibles, incluyendo el análisis y posterior cotejo de muestras genéticas, si bien esto último de forma absolutamente extraordinaria".²²⁶

Estos autores centran la tesis de su permisividad, en los análisis a menores en que se debe investigar el hecho con el fin de obtener un indicio serio y racional con el que excluir o afirmar la participación del menor en el hecho delictivo, con el fin de favorecer la reinserción y reeducación. Si el resultado de la prueba fuera exculpatorio nada le perjudicaría y si fuera inculpatorio permitiría proteger al menor de sus propias acciones.

En contra de lo anterior PORTAL MANRUBIA, quién cuestiona la consideración anterior.²²⁷

²²⁴ Sentencia Tribunal Supremo 803/2003 Sala: Segunda. Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez de 04 de junio de 2003: A tenor de la intensidad del sacrificio de ese derecho que impongan, las intervenciones de referencia, resultan clasificadas en "graves" y "leves", según tengan o no capacidad para "poner en peligro el derecho a la salud [u] ocasionar sufrimientos a la persona afectada". La toma de muestra de saliva consiste en obtener un fluido corporal, y en este sentido, conforme a las anteriores consideraciones, en una primera aproximación, podría ser calificada de "intervención", si bien es cierto que no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno y, ni siquiera, incomodidad al concernido. Así, tanto por el modo de su realización como por la incidencia práctica en el afectado sería más bien asimilable a las "inspecciones y registros corporales", siempre que -dado que no incide en "partes íntimas del cuerpo"- lo hiciera de manera estimable en la privacidad.

A este respecto, el propio Tribunal Constitucional, en la resolución que se examina, contempla el supuesto de actuaciones como las de referencia que, "pueden conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención (...) sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal". En idéntico sentido, la sentencia del propio Tribunal Constitucional 234/1997, de 18 de diciembre.

Todo lo anterior, el TS lo argumenta con base, sobre todo, en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 207/1996, de 16 de diciembre

²²⁵ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Revista Derecho Genético 35/2011 págs 41 a 65.

²²⁶ En la misma línea vid DOLZ LAGO, J.M.: "Problemática de la toma de muestras de ADN a los menores y su tratamiento legal". La Ley núm. 54. Sección estudios 2008.

²²⁷ Vid PORTAL MANRUBIA, J.: "La huella genética en la jurisdicción de menores". Rev. Aranzadi doctrinal. Núm. 9/2009, BIB 2009/1979

Igualmente se cuestiona la capacidad del menor para prestar su consentimiento para la toma de muestras genéticas. Para ÁLVAREZ DE NEYRA-KAPPLER resulta incuestionable la aplicación de la LO 10/2007 a los menores, dada la supletoriedad de la LECrim, pero teniendo muy presente la especificidad de los derechos de aquellos, del tipo de delitos que suelen cometer, del principio de proporcionalidad y la mayor modulación en todo lo que respecta a menores. Para la citada autora²²⁸: a) el menor puede, por sí mismo, otorgar válidamente su consentimiento, b) en caso contrario el consentimiento puede ser suplido por sus legítimos representantes o, en caso de discrepancia de éstos, será necesaria la autorización judicial y c) cabe que el Ministerio Fiscal instructor ordene la toma de muestras o, incluso que la propia policía quede legitimada para solicitar del órgano judicial la toma de muestras.

Sin embargo DOLZ LAGO²²⁹ sostiene la necesidad del consentimiento del propio menor e imposibilidad de que este consentimiento sea suplido por sus representantes legales en los mayores de 14 años. Cuando los menores son infractores penales de edad inferior a los catorce años o víctimas y no autores de los delitos, siendo posible que carezcan de la suficiente madurez para prestar ese consentimiento y preguntarse sobre qué solución dar en estos casos.

Por ello, será razonable entender que en virtud del art. 9 de la L.O. 1/1996 siempre deben de ser oídos sobre este particular, sobre todo a partir de los doce años, y que si no tienen suficiente madurez, podrá prestarse el consentimiento en la toma de muestras y fluidos por sus representantes legales, conforme a la normativa civil anteriormente expuesta o, en último caso, mediante autorización judicial”.

En caso de que gocen e la suficiente madurez se le daría la solución del párrafo anterior, todo ello amparándose el citado autor en la posición del Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio, que versa sobre la capacidad del menor en el ámbito sanitario y que considera de aplicación.

En la Memoria de actividades de 2014 de la Comisión Nacional de Uso forense de ADN, se recogen las directrices del grupo jurídico en relación con los menores de edad, que consistían en la adaptación de la normativa de 2007

²²⁸ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “El consentimiento en la toma de muestras de ADN”. Óp. cit. Pág. 50

²²⁹ Vid DOLZ LAGO, M.J.: “La prueba de ADN en el proceso penal” (Gómez Colomer, J.L. Coordinador) Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. Pág. 73. y ss. ADN y menores.

a la regulación de menores, concretamente que se produjera el borrado de la base cuando prescribiera el delito, e incluso que alcanzada la mayoría de edad del condenado se eliminara el dato de la base. Se refleja en la Memoria la circunstancia de que “en el Pleno no se aceptó el criterio del Grupo Jurídico, ante la ausencia de una previsión legal expresa”²³⁰

Sentado lo anterior, lo cierto es que con la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (operadas por la LO 1/2015²³¹; y, LO 13/2015²³², respectivamente), dichos temas no han sido resueltos siendo aconsejable acometer una nueva reforma que clarifique el tema de la posibilidad o no de la toma de muestras a los menores para la obtención de material genético para efectuar la prueba de ADN y quienes han de ser los que han de prestar el consentimiento, teniendo aún más fuerza ahora que el Juez Instructor puede compeler al investigado a la toma de muestras utilizando la vis coactiva si se negara a ello.

3.- *Sobre objetos o en el lugar de los hechos sin el consentimiento del investigado.* La LECrim regula en el título V del Libro II la Inspección Ocular como el Cuerpo del delito. Por cuerpo del delito entendemos la persona o cosa objeto del delito, significando que los instrumentos, huellas, vestigios, armas, efectos, etc. son medios para su comisión o huellas de su realización no siendo propiamente cuerpo del delito²³³.

En relación con los indicios biológicos y, en el contexto de esa Inspección Ocular, el art. 326 LECrim dice: “Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”²³⁴.

²³⁰ Vid HELENA SOLETO: “Garantías y errores en la investigación penal. Ciencia versus memoria.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. Pág. 85.

²³¹ Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

²³² Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015,

²³³ Vid LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis de ADN”. Cuadernos de derecho judicial VI/2004. CGPJ. Escuela Judicial. Pág 9

²³⁴ Art. 282 LECrim: “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.”

En el caso analizado nos encontraríamos ante vestigios que conteniendo información genética del investigado, se pueden obtener sin necesidad de su colaboración²³⁵. Incluimos en este epígrafe: a) Muestras que aparecieran en el lugar de los hechos y que al pertenecer al acusado podrían evidenciar su presencia en aquél o su posible participación en los hechos²³⁶; y, b) Muestras pertenecientes a la víctima que, localizadas en objetos personales del acusado, podrían adverar su participación en los hechos. Analizando la casuística que puede darse tenemos:

4.- *Obtención subrepticia de la muestra sin el conocimiento ni consentimiento del investigado.* Entiende la doctrina mayoritaria que si la misma fuera acordada por la autoridad judicial, tal proceder sería correcto y la muestra así obtenida plenamente válida, ejecutando de esta forma el mandato judicial desobedecido²³⁷.

5.- *Empleo del análisis de la muestra para causa distinta de aquella para la que se obtuvo.* Tras un desarrollo jurisprudencial variable el TS, en Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de dos mil catorce sobre toma biológica de *muestras* para la práctica de la prueba de ADN. (Prueba ADN base de datos policial), cuestiona la validez del contraste de *muestras* obtenidas en la *causa* objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una *causa distinta*, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral. Y acuerda: Es válido el contraste de *muestras* obtenidas en la *causa* objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una *causa distinta*, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha impugnado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.

Si la muestra hubiese sido obtenida sin autorización judicial y sin consentimiento y fuese empleada con fines diferentes a los de la investigación iniciada, sus resultados carecerían de valor probatorio (STS 24 de septiembre de 2007).

²³⁵ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S: "La prueba de ADN en el proceso penal". Ed. Comares. Granada 2008. Pág. 73

²³⁶ Vid. MORENO VERDEJO, J y GUILLÉN VÁZQUEZ, M. "ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomalía. Revista de derecho penal. Práctica Penal. Ed Sepin. Núm. 1 enero-febrero 2003. Pág. 50.

²³⁷ Vid MORENO VERDEJO, J.: "ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la ley 15/2003, de 25 de noviembre". Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Madrid 2004. Pág. 1818. Para el citado autor el análisis de muestras obtenidas sin el consentimiento del sospechoso a través de la localización de excrecias suyas puede resultar simple en su práctica pero no en su localización.

6.- *Recogida de muestras abandonadas.* La existencia de dos sentencias del TS en distinto sentido la 501/2005, de 19 de abril, y la 131/2005 de 14 de octubre sobre la validez de la toma de muestras biológicas expulsadas o abandonadas por los sospechosos sin existir autorización judicial²³⁸, fue causa determinante del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del 31 de enero de 2006: “La policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”²³⁹.

b) Toma de muestras de la víctima

La LECrim nada dice al respecto de cómo proceder en el caso de los vestigios que se encontraran sobre la víctima. En el supuesto de que la víctima hubiere fallecido, se puede entender incluida dentro del conjunto de operaciones y técnicas empleadas por el médico forense durante la autopsia ex art. 343 LECrim. Omite, sin embargo, cualquier referencia a la toma de muestras de la víctima viva²⁴⁰, siendo en ocasiones imprescindible el conocer su ADN para la correcta interpretación de los resultados habidos en la investigación, singularmente cuando pueda existir una contaminación con los del autor o autores del hecho delictivo²⁴¹.

Parece poco probable que la víctima se opusiese a la toma de muestras para análisis de su ADN, sobre todo dada la escasa entidad de la injerencia que supone. Para esta poco probable eventualidad, algunos autores se

²³⁸ Tesis negativa: La Policía Judicial no puede recoger-como indubitadas-muestras biológicas abandonadas o expulsadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial, en los supuestos en los que no sea necesario realizar actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal. Exponente la STS 501/2005, de 19 de abril. Tesis afirmativa: La Policía Judicial puede recoger como indubitadas muestras biológicas abandonadas o expulsadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial, en los supuestos en los que no sea necesario realizar actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal. Exponente STS 1311/2005, de 14 de octubre. Consolidación de la tesis positiva tras el Acuerdo del pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del T.S. de 31 de enero de 2006.

²³⁹ Tras el citado acuerdo, tanto el TS como otros órganos judiciales han venido afirmando la innecesariedad de autorización judicial cuando no es preciso el empleo de fuerza física o coacción para la obtención de la muestra biológica. Vid MARTÍN PASTOR, J.: “La obtención de muestras de ADN, dubitadas e indubitadas.” Pág. 209.

²⁴⁰ Vid SORIANO SORIANO, J.: “La prueba pericial de ADN: problemas procesales” Estudios de Derecho Judicial. 120/2007. Ed. CGPJ. Madrid 2007. Pág. 406. Quizás la falta de regulación es porque no va a negarse.

²⁴¹ Vid. LORENTE, JOSE ANTONIO: “Un detective llamado ADN”. En el apartado estudio especial de los delitos contra la libertad sexual, advierte que el estudio de los indicios criminales en la víctima tienen gran importancia, primero porque las declaraciones de los testigos no siempre son fiables, e incluso pueden darse falsas acusaciones difíciles de demostrar. Divide, el autor, en el estudio de la víctima las diferentes zonas a estudiar (cavidad vaginal, cavidad anal, zona pubiana, cavidad bucal, manos y uñas, prendas de vestir y complementos, estudio de la víctima fallecida, además de otras partes del cuerpo. Pág. 134-5.

decantan por la obligatoriedad de su práctica²⁴², señalando que el art 118 CE establece la obligación de cumplir las resoluciones judiciales, unido al deber de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto ex art. 17.1 LOPJ.

Nosotros mantenemos en este supuesto la opinión de que es precisa una previsión legal para la ejecución de intervenciones corporales – especialmente las coactivas- sin que la referencia a lo establecido en el art. 363 LECrim para el sospechoso, sea suficiente para la realización de esta diligencia²⁴³.

3.- EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN

3.1.- Situación anterior a la Ley Orgánica 15/2003

El desarrollo de las inspecciones e intervenciones corporales ha corrido siempre paralela a su deficiente regulación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, complicando en exceso su definición dado su amplio abanico de supuestos, tanto en número, como en su naturaleza. Esa escasez normativa de la LECrim ha exigido la generación de soluciones de situaciones prácticas que han venido de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, sin que hasta el momento haya un acuerdo generalizado de cuáles son las diligencias que pueden calificarse como tales²⁴⁴.

²⁴² Vid. MORENO VERDEJO, J.: “ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”. Ed. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2004. Págs. 1820 y ss.

²⁴³ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: En la “Prueba por marcadores de ADN” en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Susana%20I.%20Alvarez%20de%20Neyra%20Kappler.pdf?idFile=02d8ed1f-ca65-408c-913f-b933036cf9fa consulta de 18 de febrero de 2016, 18:48. Siguiendo la tesis de MORENO VERDEJO mantiene que podemos sostener lo siguiente: 1.- que, aunque el art. 363 LECrim no dé suficiente cobertura a esta posibilidad no permite concluir que la excluya en todo caso, y, sin embargo, sí la podría dar el art. 778.3. 2.- porque la víctima tiene una serie de deberes para con la administración de justicia, cuyo incumplimiento reportaría no sólo consecuencias procesales, sino también penales 3.- porque la prueba genética puede resultar decisiva, no sólo para lograr la condena de un culpable, sino para evitar la de un inocente. En el mismo sentido en su obra: “La prueba de ADN en el proceso penal” Ed. Comares. Granada 2008. Pág. 92

²⁴⁴ Vid. GIL HERNÁNDEZ, A. “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”. Cit. Pág. 37. El citado autor incluye los cacheos, los exámenes médicos y radiológicos y/o ecográficos, la utilización de medios psíquicos o psicotécnicos, el suministro forzoso de alimentos, la extracción sanguínea, el tratamiento hematológico forzoso y “otras medidas”: leves (tomas de muestras de pelo, electrocardiograma o electroencefalograma, toma de huellas y toma de fotografías utilización de brazaletes electrónico) y graves (órdenes de desnudarse, hacer flexiones y registros anales y vaginales). El mismo autor en “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales. Cuadernos de derecho judicial. Vol. III. CGPJ. Madrid Págs. 27-146 establece las siguientes modalidades de intervención corporal: toma de muestras de sangre, cacheos y registros, tomas de huella digitales, fotografías y videos, voz y cuerpos de escritura, tratamientos sanitarios obligatorios e intervenciones corporales en ámbito carcelario. Vid. URBANO CASTRILLO, E. y

La definición, clasificación, extensión, etc., de las denominadas intervenciones corporales, ha sido obra de la jurisprudencia de la mano de la aplicación e integración de las escasas normas y sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la protección de los derechos fundamentales), la que ha ido otorgando eficacia a las intervenciones corporales, al amparo de lo dispuesto en los artículos 333, 399 y 478 de la LECrim, elaborando un cuerpo doctrinal sobre el que asentar el régimen de los actos de investigación, todo ello hasta la publicación de la mencionada Ley 15/2003²⁴⁵.

Los artículos 334²⁴⁶, 399, 478²⁴⁷ y 778.6 LECrim, eran los que justificaron las resoluciones judiciales que consideraban amparadas en la

TORRES MORATO, M.A.: La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. 6ª Ed. Cizur Menor (Navarra) 2012 págs., 185-198 establecen como medidas de intervención corporal: extracción de sangre, análisis de sangre y orina, exploraciones anales y vaginales, los exámenes radiológicos y médicos, toma de huellas dactilares, los análisis de ADN, el suero de la verdad, el suministro forzoso de alimentos y la extracción de cabellos. Vid DÍAZ CABIALE, J.A.: Cacheos superficiales, intervenciones corporales y cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.) "Cuadernos de Derecho jurisprudencial". Cit. Página 73 en el mismo establece la heterogeneidad de las mismas y se inclina por la característica de *numerus apertus* de las mismas. RICHARD GONZÁLEZ, M.: "Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal." Estudios sobre la prueba penal. Vol.II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial. Madrid 2011. Cit. Págs. 390 nos habla también de la visión amplia del concepto que se contiene en la jurisprudencia del TS: "Por inspecciones corporales se entienden todos aquellos actos de investigación de conductas delictivas que afectan al cuerpo de las personas sobre las que se realizan y cuyo objetivo inmediato puede ser bien diverso, como comprobar una identificación, la ingestión de bebidas o sustancias o conocer si se ocultan elementos que puedan servir para la prueba de un delito.

En un sentido amplio también podrían extenderse a aquellos casos en los que no se persigue un fin investigado sino preservar la vida mediante el suministro forzoso de alimentos o transfusiones de sangre.

Comprende, pues, cualquier tipo de intervención en el cuerpo humano sin contar con el consentimiento de la persona afectada, siempre que pueda realizarse sin riesgo para la salud o integridad física, y que respondan a razones de gravedad y proporcionalidad. Entre estas intervenciones se suelen mencionar los análisis de sangre, cacheos policiales, espiración del aire en test de alcoholemia, reconocimientos médicos, registros anales o vaginales, recogida de muestras como pueden ser para obtener el ADN o la adicción a drogas, etc. "STS 30 de octubre de 2008. La jurisprudencia también sigue utilizando la expresión intervenciones corporales como un concepto abierto y genérico.

Por todas STS de 21 de diciembre de 2010 (cita en la misma la de 13 de abril de 2009): "dentro del amplio abanico de intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, tomas de muestra de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, son sólo algunas de las posibilidades que puede, ofrecer la práctica y a la que es preciso dar respuesta individualizada".

²⁴⁵ Sin que pueda decirse que de la interpretación jurisprudencial se hayan obtenido siempre unas pautas uniformes y seguras. Vid MORENO VERDEJO, J. y GUILLÉN VÁZQUEZ, M.: "ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. necesidad de superar la actual situación de anomalía" Revista Sepin. Artículo Monográfico. Noviembre 2003.

²⁴⁶ STS, Sala Segunda, 486/2007, de 30 de mayo en la forma siguiente: "Primero.- (...) Ninguna de las supuestas infracciones legales mencionadas por el recurrente tiene, en el presente caso, la aptitud precisa para generar una lesión de alcance constitucional. Los preceptos invocados por la defensa se refieren a la capacidad del Juez instructor para ordenar

LECrIm las intervenciones corporales, pero en realidad disponen contenidos muy genéricos y que poco tienen que ver con las intervenciones que estamos analizando. Un sector de la doctrina entre los que destaca GALLEGO SÁNCHEZ creía sobre el particular que: “difícilmente pueden ser consideradas como el amparo legal con el que justificar diligencias de instrucción para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado”²⁴⁸.

Pero como la citada autora reconocía, cabía citar, igualmente, la STC 14-2-2006 en la que consideró nuevamente, tales preceptos como la “habilitación legal necesaria” para disponer la práctica del análisis pericial de cualquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc). En dicha sentencia se pronunció un voto particular de Emilia Casas en el sentido de que las “medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad e integridad física no requieren una “habilitación legal”, sino una expresa y concreta previsión de la restricción”.

A mi juicio, bien al contrario, basta leer dichos artículos para detectar una insuficiencia normativa frente a las intervenciones corporales, ya que en ninguno se refiere a ellas, no clarificando este tipo de prácticas, que según el momento procesal en el que nos encontremos adoptarán la forma de diligencias (para convertirse en el juicio oral en pruebas) con el fin de obtener un resultado óptimo para el proceso penal en el que estuvieren ínsitas. Dicha insuficiencia normativa ha sido reiterada por un amplio sector de la doctrina²⁴⁹.

la práctica de informes periciales en el ámbito de la instrucción. Sin embargo, ningún obstáculo existe entre ese espacio funcional que la LECrim reserva al Juez instructor y el que la misma ley atribuye a la Policía Judicial para la averiguación de los delitos, facultándole para «(...) 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»

²⁴⁷ Vid DE LA ROSA CORTINA, J.M.: En el Artículo Monográfico.: “Comentario Artículo 399. Real Decreto 14 septiembre 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Revista Sepin Penal. Marzo 2010. En definitiva, puede decirse que el art. 438 LECrim complementa la previsión del art. 399 en dos direcciones: 1) en cuanto a la forma de practicar esta especial indagatoria, habrán de adoptarse todas las medidas que puedan considerarse impuestas por la prudencia; y 2) en cuanto a la finalidad, habrá de perseguirse la mayor exactitud de la declaración.

²⁴⁸ Vid GALLEGO SÁNCHEZ, Gema. “Las intervenciones corporales”. Manuales de formación continua. Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2009

²⁴⁹ Vid SOTO RODRÍGUEZ, M.L.: Diario La Ley, Nº 8392, Sección Doctrina, 6 de Octubre de 2014, Año XXXV, Ref. D-305, Editorial LA LEY (La Ley Penal). A pesar de la gran importancia que tienen las intervenciones corporales en el marco de la investigación de delitos, no existe en nuestro ordenamiento ninguna regulación de conjunto de tales actuaciones, por lo que es necesario acudir a una normativa fragmentaria. Pueden plantearse, por lo tanto, problemas para los que hasta el momento, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional han proporcionado respuestas claras y precisas, en gran parte debido a la prudencia que requieren este tipo de pronunciamientos que afectan al alcance de derechos fundamentales. Se plantean por tanto *discrepancias* en muchos de los aspectos relativos a las intervenciones corporales, destacando entre los más importantes el de la legitimación para la ejecución coactiva de las mismas cuando el sujeto pasivo se niega o simplemente no colabora, oponiéndose parte de la doctrina a esta posibilidad al entender que, al no estar regulada legalmente, en casos de imprevisión, no queda más remedio que rechazar la posibilidad de coacción física para su práctica. Se han producido algunos intentos jurisprudenciales en orden a concretar las diligencias que pueden tener cabida en la categoría amplia. Dichas tentativas llegan a ser exhaustivas debido a la reiterada heterogeneidad de las diligencias abarcables. Algunas resoluciones del Tribunal Supremo han destacado desde una perspectiva objetiva la diferenciación entre la investigación corporal y registro corporal: “la primera consiste en la investigación del cuerpo mismo —estado mental o contenido de alcohol en sangre—, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las

Además parece evidente que ninguno de estos preceptos ofrecían la suficiente cobertura legal sobre la que asentar una medida de intervención corporal, teniendo además presente que a la fecha de publicación de la norma, en el siglo XIX, era impensable el desarrollo científico y, por ende, era inimaginable el peso que las pruebas periciales, en la vetusta regulación de la LECrim, necesitadas habitualmente de una intervención corporal, pudieran adquirir en el seno del proceso penal, sin duda por la evolución tanto en número como en optimización procesal debido al avance tecnológico imprevisible para aquel.

Es la STC 207/1996 la que define por primera vez y cubre la carencia normativa sobre intervenciones corporales²⁵⁰ incluyéndolas como diligencias de

cavidades naturales del cuerpo —boca, ano y vagina. SSTS de 11 de mayo de 1996 y de 26 de junio de 1998”.

²⁵⁰ En la citada sentencia el ponente GIMENO SENDRA refiere: 1. afectado el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa, en las intervenciones corporales, esto es, las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. 2. Resulta claro para el ponente que la intervención y diligencia pericial acordada por el Juzgado de Instrucción, teniendo en cuenta, primero, su carácter imperativo y contrario a la voluntad del interesado y, segundo, que implica una intervención consistente en la extracción de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas, ha incidido en el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física, siquiera sea de una manera leve, pues, de acuerdo con la doctrina expuesta, la afectación de este derecho no presupone necesariamente la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona. 3. El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tenía para el TC un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según doctrina reiterada de ese Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988 , 197/1991 , 20/1992 , 219/1992 , 142/1993 ,117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994). Cierta tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en sí de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal. 4. La incidencia en el derecho a la intimidad personal se acentúa en un caso como el presente por la condición de Guardia Civil del imputado al que se ordena soportar la intervención y pericia, dado que, si los resultados de la misma fueran positivos, en el sentido de demostrar su consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y aunque ello no llegara a tener para él consecuencias de orden penal en la causa, sí podría acarrearle eventualmente responsabilidades de tipo disciplinario. 5. Una vez constatada la afectación por la intervención corporal y consiguiente pericia, la afectación de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, el TC concreta si por ello el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable. A tal efecto, nos recuerda los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de

investigación limitativas de derechos fundamentales. Esta falta de regulación expresa ha perdurado hasta hoy en día –aún hoy la mayoría de las intervenciones corporales se encuentran sin regular por el legislador, lo que llevó en determinado momento, a un sector de la doctrina entre los que cabe citar a ETXEBERRIA GURIDI²⁵¹ a afirmar que la consecuencia inmediata de la ausencia de previsión legal respecto a las *intervenciones corporales* era la imposibilidad de aplicarlas en el proceso penal, excepción hecha de las pruebas genéticas, para las que sí entendía que existía cobertura legal en el artículo 326 de la LECrim²⁵² - . Ahora bien, a día de hoy si han existido ciertos desarrollos fragmentarios y parciales que no han colmado la carencia que ya se evidenció en la STC 207/1996, ni tampoco han despejado las dudas que aún existen sobre su aplicación²⁵³ .

que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante. 6. Finaliza el TC que para que una intervención corporal en la persona del imputado, en contra de su voluntad, satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

²⁵¹ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal , reformado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, Diario La Ley, número 4, año I, abril 2004. También en “Las *intervenciones corporales* en el proceso”. Ed. Trivium. Madrid. 1999, pág. 133).

²⁵² Algunos autores, en la misma línea, parecían discrepar de la doctrina del alto Tribunal que autorizaba las intervenciones corporales, sosteniendo una tesis distinta. En su opinión, la limitación de un derecho fundamental sólo era posible si la propia Constitución, al reconocer tal derecho, había previsto tal eventualidad.

Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: La intimidad corporal devaluada, Ed. Poder Judicial. Madrid 1989 cit., p. 125; MORENO CATENA, V.: Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal, Cit. pág. 134;

Vid. ORTELLS RAMOS, M.: Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional, Cuadernos de derecho judicial. Cit. Pág. 15 y ss.

²⁵³ En tal sentido vid STC 37/89, de 15 de febrero (ponente: Rubio Llorente), que dice: “ni la intimidad puede afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que corresponden al Instructor, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, puedan versar sobre la descripción de la persona(...) que sea objeto del mismo (...) habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima , por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de la intimidad corporal del imputado o procesado”. “El ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva,

La característica más relevante hasta ese momento que presentaban las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal en nuestro ordenamiento era, precisamente, su falta de previsión legislativa, lo cual oscurecía notablemente la cuestión del régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las mismas, llevando a considerar a parte de la doctrina y la jurisprudencia que no cabía la ejecución coactiva directa.²⁵⁴

Ante esta anomia normativa, la jurisprudencia tuvo que recurrir a lo que establecía la LECrim, como legitimadora del acuerdo y práctica de las diligencias de referencia, por lo que tuvo que hacer un esfuerzo integrador de las pocas herramientas legales que se ponían a su disposición.²⁵⁵

A juicio de PÉREZ MARÍN²⁵⁶, en realidad lo que hizo el Tribunal Constitucional para salvar la falta de regulación legal de las intervenciones corporales fue “integrar el sistema, aprovechando hasta el límite los escasos recursos que ofrecía la LECrim, porque en el fondo debía reconocer, por obligado y evidente, que no existía base legal suficiente que legitimara las intervenciones corporales en el proceso penal. Pero, precisamente, en cuanto que no contábamos con dicha cobertura legal, subrepticamente se justificaban dichas intervenciones a través de la ponderación que el Juez debía reflejar en las resoluciones en las que acordaba una diligencia de este tipo. En estas circunstancias (los Tribunales y especialmente el Tribunal Constitucional) estaban actuando como legislador, ya que mediante las decisiones jurisprudenciales se instaba el perfeccionamiento y la mejora de un ordenamiento jurídico-legal que en este aspecto estaba vacío de contenido”²⁵⁷.

atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno. Lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en la que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso. Según muy reiterada doctrina constitucional, la regla de proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental”.

²⁵⁴ Vid GÓMEZ AMIGO, L.: “Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”. Cit. Pág. 5

²⁵⁵ Así el artículo 334 de la LECrim autoriza al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el “cuerpo del delito”, entendiendo como el mismo “las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar que se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida” (artículo 334.1 LECrim). El artículo 399 recoge de la misma manera que “cuando el Juez considere conveniente el examen del procesado en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las personas o cosas con ellos relacionadas, se observará lo dispuesto en el art. 438.” Igual referencia se ha hecho frente al artículo 478 en cuanto al informe pericial el cual “comprenderá si fuere posible: 1º) Descripción de la persona o cosa que se objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle. Por último el envío al artículo 778.6- antiguo artículo 785.8 e)- sobre la obtención por el médico forense de muestras o vestigios cuyo análisis pueda facilitar la mejor calificación del hecho.

²⁵⁶ Vid PÉREZ MARÍN, M.A.; “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo en las diligencias de investigación corporal”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 95, 2008, así como en “Inspecciones, registros e intervenciones corporales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Pág. 27.

²⁵⁷ A la hora de analizar el tipo de regulación legal que autoriza la práctica de medidas

En lo tocante al derecho afectado por las mencionadas intervenciones corporales, para GÓMEZ AMIGO²⁵⁸, no cabe duda que será el derecho a la integridad física (art. 15 CE), “en tanto que implican una lesión o menoscabo del cuerpo (a mi juicio más bien injerencia en el mismo) siquiera sea de su apariencia externa”. Deberemos pues, al abrigo de la definición jurisprudencial, preguntarnos sobre la naturaleza de las normas que lo deben desarrollar, a fin de configurar su contenido, así como su alcance. En este sentido, nosotros mantenemos que las diligencias de intervención corporal, han de operarse en el seno del proceso penal, para así poder servir como indicio²⁵⁹, aunque existen voces doctrinales que claman su existencia en el curso de un proceso penal pendiente, entendiéndolo por ello las referidas a las realizadas por la policía judicial con carácter preprocesal y siempre con el consentimiento del afectado (en cualquier otro caso, precisarían de autorización judicial habilitante).

restrictivas de derechos fundamentales, es de obligada cita jurisprudencial del derecho, la STC 120/1990, de 27 de junio, según la cual el derecho fundamental a la integridad física y moral protege a la persona "no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (FJ 8). El derecho se configura inicialmente como un derecho absoluto de la persona a su inatacabilidad corporal que se concreta en el "derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. Ahora bien, aunque la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud, supone un plus de afectación, mas no es una condición " sine qua non " para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). Vid en igual sentido AGUIAR DE LUQUE, L., PÉREZ TREMPES, P., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., VELÁZQUEZ ÁLVAREZ, R., ELVIRA PERALES, A., PAJARES MONTOLÍO, A., GONZÁLEZ AYALA, M.D., ROSADO IGLESIAS, G., ELVIRO ARANDA, FRAILE ORTÍZ, M.; *“Veinte años de jurisdicción constitucional en España”* Cap. 5. Las inspecciones corporales. Págs. 122 y ss. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2002. De igual forma, las inspecciones corporales no se consideraran contrarias a los derechos del art. 15 cuando sean necesarias, se efectúen respetando el principio de legalidad, exista proporcionalidad entre los medios y los fines y se efectúen con las debidas garantías, para velar por que se vea también salvaguardada la intimidad (STC 207/96).

²⁵⁸ Vid GÓMEZ AMIGO, L.; *“Las intervenciones corporales”*. Diario la Ley. Nº 8324, Cit. Pág. 5

²⁵⁹ Si bien existen posturas doctrinales que dan cabida a intervenciones corporales antes de la incoación del proceso penal en sentido propio; postura de GÓMEZ AMIGO, L.; *“Las investigaciones corporales como diligencias de investigación penal”* Cit. Págs. 33-37. Para el citado autor las intervenciones corporales pueden adoptarse en el curso de un proceso penal pendiente, el cuál se configura de este modo como su ámbito funcional propio. En el mismo sentido vid, RICHARD GONZÁLEZ, M.: *“Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”*. “Estudios sobre la prueba penal. Vol. II. Cit. Págs. 389-390. Igualmente para este autor “los reconocimientos, inspecciones, registros e intervenciones corporales pueden tener lugar en el ámbito de la función de prevención y persecución de delitos atribuida a la policía en el ejercicio de sus funciones o como diligencia de investigación criminal en el proceso penal en este caso, se unirán a las diligencias practicadas en la instrucción criminal y quedarán a disposición del Juez y de las partes personadas a los fines oportunos”). Vid STS, Sala Segunda, 949/2006: "La doctrina sentada en la sentencia 501/2005 de 19 de abril, ha sido sometida a revisión por esta Sala, a raíz de la posterior sentencia 1311/2005 de 14 de octubre, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, y la toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, precisando que en estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva.

En lo referente a su regulación, por afectar al contenido de derechos fundamentales de los afectados, debemos de entender que la previsión normativa adecuada será una Ley Orgánica²⁶⁰ Sin embargo, siguiendo lo dispuesto en la STC 22/1986, de 14 de febrero, FJ 3: “no toda regulación procesal relativa a derechos fundamentales ha de realizarse a través de una ley de estas características, ya que las normas procesales no siempre responden al desarrollo del derecho fundamental sino que, en ocasiones, simplemente prevén los cauces mediante los que ese derecho se debe ejercitar”, lo que significa que la naturaleza de la norma será distinta dependiendo del aspecto que se quiera regular.

En este sentido, si el contenido de la norma en cuestión permitiera deducir la afectación de algún derecho fundamental, las previsiones de los artículos 81.1 de la CE y 53.1 de la misma obligarían a que esta norma tuviese el rango de Ley Orgánica, pero cuando no fuere así, una ley ordinaria sería más que suficiente para sistematizar tales cuestiones.”

Ahora bien, el cumplimiento del principio de reserva de Ley Orgánica, no fue respetado hasta el año 2003 en el que se publicó la L.O. 15/2003. Así, dentro de la línea de legitimación, siguiendo los esfuerzos de los distintos operadores jurídicos de dotar de una cobertura legal a las intervenciones corporales y, coadyuvando a la labor de la jurisprudencia, habida cuenta de la falta de norma mencionada, es importante destacar el esfuerzo que también realizó la Fiscalía General del Estado en su circular 6/1988, de 12 de diciembre; circular que supuso un intento de avanzar en la exigencia de una resolución judicial motivada con el fin de dar cobertura legítima que justificara dichas prácticas. La mencionada Fiscalía se hizo eco, con ello, de la doctrina sustentada en la STC 11/1981 de 8 de abril, interpretando la condena que había sido impuesta a unas personas que se negaron a un examen radiológico en la frontera, ante la sospecha de llevar ocultos en el interior de su cuerpo bolas de sustancia estupefaciente, para ello la FGE entendía que: “un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el artículo 43 de la Constitución”²⁶¹. En esta circular, la FGE se hacía eco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había sido previamente asumida por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 65/86, de 22 de mayo, en el sentido de que lo “*inhumano* implica un

²⁶⁰ Vid PÉREZ MARÍN, M.A.; “*Inspecciones, registros e intervenciones corporales*” *Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*” Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 24.

²⁶¹ El derecho a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución no es un derecho fundamental (artículo 53.2 de la misma). En todo caso y por lo que ahora importa, el Tribunal Constitucional ha precisado que para que pueda invocarse un hipotético peligro para la salud hay que probar adecuadamente su existencia, evidenciando la relación entre las medidas a adoptar —el «reconocimiento» en este caso— y las consecuencias de ellas derivadas que, por supuestamente nocivas, habría que evitar (en este sentido, aunque en asunto distinto, Fundamento jurídico 2 del Auto del Tribunal Constitucional 868/86, de 29 de octubre, aplicando «*mutatis mutandis*» al caso cuestionado). (...) El derecho a la salud individual del que se somete a un reconocimiento no es, por tanto, el que está en juego en el caso examinado sino el de la salud de todos. La preocupación de que aquella resulte afectada no se verifica en absoluto ni, en modo alguno, la violación del artículo 43.1 de la Constitución. 2. Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución

nivel de especial intensidad y que sólo puede calificarse de *degradante* lo que produce una singular humillación y envilecimiento²⁶².

Muy distinto, estimaba la Fiscalía General del Estado, era nuestro caso. La inocuidad —ya subrayada—, la naturalidad y generalidad con que este tipo de reconocimiento se realizan a diario en la sociedad actual, alejaba, absolutamente, cualquier posibilidad razonable de poderles atribuir el desvalor normativo-cultural de lo que envilece o humilla siempre; por supuesto, innecesario es decirlo, que se extreme al máximo el respeto debido a la persona reconocida y que el reconocimiento se realice en circunstancias que siempre dejen a salvo su dignidad que es, en el sentido del artículo 10 de la Constitución, el fundamento de los llamados «derechos de la personalidad», a los que pertenece el que ahora analizamos.

Así lo entendió en su día el dictamen de la Secretaría Técnica la Fiscalía General del Estado de 30 de abril de 1981 -a petición de la Comisaría General de Policía Judicial-, al sostener que el examen radiológico era un reconocimiento pericial previsto en el artículo 478.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no atentaba a la dignidad de la persona. Su dictamen es y versaba sobre el mismo problema que ahora se estudia²⁶³.

²⁶² Tales consideraciones -dice la Sentencia constitucional citada en el Fundamento jurídico 4- fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer) al interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél...»

El supuesto cuestionado en el caso Tyrer -luego reiterado en el caso «Campbell y Cosans», Sentencia 25 de febrero de 1982- era el de los castigos corporales a escolares, resolviendo el Tribunal Europeo que violaban el artículo 3 del Convenio no por inhumanos, pero sí por degradantes pues se trataba a la persona así castigada como si fuera un objeto en manos del poder público, lo que afectaba a su dignidad.

²⁶³ Por su interés se reproduce literalmente:

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado, el escrito de esa Comisaría General de 20 de febrero del corriente año, en el que consulta sobre la posibilidad legal de que, ante la frecuencia con que personas portadoras de drogas estupefacientes, ocultan las mismas en cavidades naturales del cuerpo, sean examinadas radiológicamente.

No hay disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el mencionado examen radiológico siempre que el mismo sea realizado por facultativos con titulación suficiente, ya que dicho examen no atenta a la dignidad de la persona y es una de las operaciones que forman parte del reconocimiento pericial a que pueden ser sometidas las personas, como autoriza el artículo 478-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconocimiento pericial éste que puede ordenarse, según el artículo 339 del mencionado cuerpo legal, en caso de desaparición del cuerpo del delito; siendo por otra parte obligación de la Policía Judicial practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir a los delincuentes y recoger los instrumentos y efectos del delito, según establece el artículo 282 de dicha Ley.» Lo que se dice en el dictamen sobre la naturaleza pericial del examen radiológico —y por extensión del reconocimiento médico— ha sido ratificado posteriormente por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre intervención tan parecida, aunque no sea igual, como la del control de alcoholemia, al que ha calificado de «una modalidad especial de pericia» o «la verificación de una pericia técnica de resultado incierto», no equiparable a una «declaración» comprendida en el ámbito de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución que no requiere, por ello, las garantías establecidas en el primero de dichos preceptos —entre otras las Sentencias 103 en ambas Fundamento jurídico 3—. También ha declarado el Tribunal Constitucional que el análisis de sangre, en la alcoholemia, no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución (Sentencia 103/85, de 3 de octubre, Fundamento jurídico 3, que recuerda Decisión de 13 de diciembre de 1979 de la

Comisión Europea de Derechos Humanos) lo que conduce con naturalidad a la conclusión de que tampoco es una injerencia prohibida por dicho artículo 15 el examen radiológico y/o médico de nuestro caso, porque la ratio es la misma.

La cuestión sería diferente si en vez de un simple reconocimiento se tratara de «experimentos médicos o científicos», interdictados por el artículo 7 del Pacto de Nueva York (equivalente al artículo 3 del Convenio de Roma y al artículo 15 de nuestra Super Ley) a no ser que medie el libre consentimiento del interesado. 3. Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución. El contenido de la intimidad, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, no siempre es fácil de acotar con nitidez. La doctrina más moderna lo suele reconducir al ámbito del artículo 15 de la Constitución, ya examinado, cuando se trata de intromisiones de carácter corporal, como sucede en el supuesto contemplado. Aun admitiendo, con la Audiencia de Cádiz, que un reconocimiento corporal pudiera constituir una intromisión del derecho a la intimidad personal, no sería arbitraria, sino justificada, para preservar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Ningún derecho fundamental es ilimitado, como tempranamente declaró la Sentencia constitucional 11/81, de 8 de abril. Entre muchos se han referido a los límites del artículo 18.1 de la Constitución pese al silencio de éste, los Autos constitucionales 466, 642 y 982 de 1986: en el 257/85, de 17 de julio, se señaló específicamente, como límite al derecho a la intimidad, las exigencias derivadas de la acción de la justicia. Estos límites, por lo demás, están previstos en tratados internacionales suscritos por España. El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —como muy pertinentemente recuerda una de las sentencias comentadas—, no sólo han de tenerse en cuenta para la interpretación de los derechos fundamentales sino que forman parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. Ambos son equivalentes a nuestro artículo 18.1 al que completan e integran. El primero de ellos (artículo 8 del Convenio de Roma) permite en su párrafo segundo la injerencia legítima de la autoridad pública en el derecho a la intimidad cuando «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para... (entre otros fines) la prevención del delito (y) la protección de la salud...». El segundo (artículo 17 del Pacto de Nueva York) sólo prohíbe en su párrafo primero las injerencias en el derecho a la intimidad que sean «arbitrarias o ilegales».

En esa línea se inscribe la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, que expresamente reconoce en su Exposición de Motivos «que los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse ilimitados», pues los imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen determinadas entradas en el ámbito de la intimidad. Promulgada esta Ley Orgánica no puede admitirse, que exista en la materia una laguna normativa, pues inequívocamente dice en el Preámbulo que su finalidad es el desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución y así se sigue, con evidente claridad y coherencia, de todo su articulado y especialmente por lo que ahora importa, del artículo 8.1 que establece «que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley». En este sentido, por todas, la Sentencia constitucional 110/84, de 26 de noviembre que puntualiza, en el Fundamento jurídico 8, que sólo podrán autorizarse dichas intromisiones «por imperativos de interés público» como indudablemente lo es, en el caso planteado, la prevención de un delito grave (artículo 344 y concordantes del Código Penal) para preservar, defender y tutelar la salud pública, en cumplimiento de un mandato constitucional (artículo 43.2 de la Constitución). Cuestión distinta,... es que la Ley Orgánica 1/82 excluya de su marco aquellas intromisiones que constituyan delito, pues su sede natural, como es lógico y establece el artículo 1º, 2 de la ley, es el Código Penal, cualesquiera que sean, en este momento, las imperfecciones o insuficiencias de éste. Por ello es superflua, a nuestro juicio la referencia de las Sentencias que glosamos a la Ley Orgánica 7/84 que tipifica penalmente, como es sabido, las «escuchas telefónicas», incluyendo determinados artículos en el Código Penal, puesto que la Ley Orgánica 1/82, aunque regula específicamente la protección civil del derecho a la intimidad, es de aplicación analógica a otras actuaciones, como el Tribunal Constitucional ha reconocido en el Auto 257/85, de 17 de julio, antes citado.

Conclusiones :

Cabe destacar que la FGE –en alusión al art. 15 CE- realiza una referencia al derecho a la integridad, pero refiriéndolo exclusivamente a lesiones graves o importantes del cuerpo; sin embargo –siempre a mi juicio- también comprendería cualquier intervención, por mínima que fuera, como así parecen haberlo entendido otros autores²⁶⁴, ya que “la afectación o lesión resulta mayor cuando ello implique la extracción de alguno de los componentes biológicos, luego la cuestión reside en desentrañar la diferencia entre la plena vulneración del derecho a la integridad y la mera afectación del mismo, dado que debe entenderse que aunque una concreta actuación pudiese afectarlo, éste no resultará plenamente dañado cuando dicha actividad invasora se practique cumpliendo unos requisitos mínimos de actividad que garanticen un trato correcto”²⁶⁵. Así, en realidad lo que hacen tanto el Tribunal Constitucional como el resto de operadores jurídicos como la FGE es “integrar el sistema aprovechando hasta el límite los escasos recursos que ofrecía la LECrim porque, en el fondo, era un secreto a voces, que no existía base legal suficiente en la vetusta LECrim que legitimara las intervenciones corporales en el proceso penal. Pero, precisamente, en cuanto que no contábamos con dicha cobertura legal, se intentaba amparar su justificación a través de la ponderación que el Juez debía reflejar en las resoluciones en las que acordaba una diligencia de este tipo. En estas circunstancias (los Tribunales y especialmente el Tribunal Constitucional) estaban actuando como legisladores,

Primera.– La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento, como el que es objeto de este informe, con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable pues reúne, para serlo los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad. Desde un punto de vista formal goza de suficiente cobertura habilitante al estar prevista en la Ley (artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/82 y artículos 339 y 478.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y haber sido acordada por autoridad competente —artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 10 (y concordantes) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—. Materialmente es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, como exigencia derivada de la acción de la justicia encaminada a la obtención de las pruebas necesarias para la averiguación del delito y sus circunstancias.

Segunda.– Es inaceptable la tesis (...) de que nadie, ni siquiera el Juez, puede ordenar dicho reconocimiento en ningún caso.

Tercera.– Una orden judicial, como la descrita en la conclusión primera, contiene un mandato que debe ser acatado (artículo 118 de la Constitución). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye, en línea de principio) el núcleo de un delito de desobediencia, lo que aconseja, a nuestro juicio, se mantenga la misma postura que hasta ahora, coincidente con la de los Juzgados cuyas sentencias han sido revocadas, siendo muy conveniente que la cuestión controvertida se replantea en proceso que permita el recurso de casación, para que el Tribunal Supremo estableciera doctrina sobre la misma, lo que es más aconsejable, si cabe, por la evidente discrepancia entre dos Secciones de la misma Audiencia.

²⁶⁴ Vid MONTÓN REDONDO, A.; “*Derecho jurisdiccional III*”. Proceso Penal. Cit. Pág. 196

²⁶⁵ Vid GIL HERNÁNDEZ, A.; “*Protección de la intimidad corporal: aspectos procesales y penales*” RGD núm. 622-623, 1996 pág. 7962: “No se vulnera el artículo 15 CE, puesto que el reconocimiento médico o radiológico no es inhumano ni degradante, por no cumplir los requisitos exigidos en las Sentencias núm. 65/1986 de 22 de mayo, 77/1989, y en las de 25 de abril de 1978 y 25 de febrero de 1982, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se pone de manifiesto la inocuidad, naturalidad y generalidad con que este tipo de reconocimientos se realizan a diario en la sociedad actual, por lo que siempre que se hagan respetando la referida dignidad de las personas y por los titulados suficientemente cualificados, deben considerarse como “prueba pericial” prevista en el art. 478 de la LECrim. “

ya que mediante las decisiones jurisprudenciales se instaba el perfeccionamiento y la mejora de un ordenamiento jurídico-legal que en este aspecto estaba vacío de contenido”²⁶⁶.

En cualquier caso, la contribución fundamental que destaca la doctrina científica a cerca de la STC 207/1996, son los requisitos sobre la proporcionalidad que desarrolló a la perfección GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO²⁶⁷, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencias de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.²⁶⁸ Dicha línea doctrinal fue seguida por autores como GÓMEZ AMIGO²⁶⁹.

3.2.- Ley Orgánica 15/2003²⁷⁰

La situación de carencia absoluta de desarrollo normativo se torna diferente a partir de noviembre de 2003, con la publicación de la norma específica, la L.O. 15/2003, que modifica la LECrim, en la que se regula de una manera específica el régimen, la forma y los requisitos de las intervenciones corporales (aunque a mi juicio sigue siendo insuficiente). Así, añadiendo unos párrafos a los artículos 326 y 363²⁷¹, se completaba la regulación legal sobre intervenciones corporales. Dicha modificación añade el siguiente párrafo al art. 363²⁷²: “Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez

²⁶⁶ Vid PEREZ MARÍN, M.A.; “Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal.” Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. Pág. 34

²⁶⁷ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Madrid, 1990. Pág. 29 y ss.

²⁶⁸ Vid VIVES ANTÓN, T.S. y COBO DEL ROSAL, M.; “Derecho Penal, Parte General”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1987. Pág. 63. La constitución española como Estado de Derecho, en el que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, reclama la aplicación del principio de prohibición de exceso en el derecho penal, y en consecuencia, de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

²⁶⁹ Vid GÓMEZ AMIGO; “Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”, Cit. Pág. 52. Éste establece los presupuestos de legitimidad constitucional para que las intervenciones corporales resulten proporcionadas y, por tanto, lícitas como medidas de investigación penal: previsión legal suficiente; que resulten necesarias para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, para lo cual deberán ser idóneas, indispensables y proporcionadas en el caso concreto; que se acuerden por resolución judicial especialmente motivada; y que su ejecución sea respetuosa con los derechos fundamentales en juego.

²⁷⁰ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283 de 26 de Noviembre de 2003

²⁷¹ En este último, antes de la reforma se recogía el textual de análisis químicos, expresión que para el TS en su sentencia de 19 de abril de 2005 sobre una prueba de ADN, daba cobertura legal, dada su amplitud, a la facultad judicial de acordar “aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resultaran adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”. Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 501/2005 de 19 Abr. 2005 (Ponente Joaquín Delgado)

²⁷² Se añade el párrafo segundo por la disposición final 1.1.c) de la Ley Orgánica 15/2003, de

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”. También la citada Ley Orgánica modifica el art. 326²⁷³, al que añade el párrafo tercero que queda del siguiente tenor literal: “*Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282*”.

Además, la Disposición adicional tercera incluida en la LECrim por la citada L.O. 15/2003, compele al Gobierno a regular mediante real decreto la Comisión Nacional sobre el Uso Forense del ADN, a la que otorga la potestad de la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios científicos y de coordinación entre ellos²⁷⁴.

Con esta reforma, nuestra legislación disciplina un extremo importante de la hasta entonces inexistente regulación de las intervenciones corporales. Si bien dicha incorporación a nuestro ordenamiento jurídico ha sido muy criticada por nuestra doctrina, al subrayar que el alcance se limite únicamente a las medidas de intervención corporal adecuadas para la obtención de muestras biológicas del sospechoso para la determinación de su perfil de ADN, dejando fuera otros supuestos relevantes para la investigación criminal, así: exploraciones radiológicas y tactos anales o vaginales para determinar si se porta droga en el interior del cuerpo; examen ginecológico para comprobar un delito de aborto; o extracción de sangre, orina o corte de pelo, pero no para determinar el perfil de ADN, sino otras circunstancias relevantes para el proceso penal²⁷⁵.

25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

²⁷³ Se añade el citado párrafo tercero por la disposición final 1.1.b) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

²⁷⁴ Se añade por la disposición final 1.4 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Disposición adicional tercera de la LECrim: El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes

²⁷⁵ Vid GÓMEZ AMIGO, L.; “*Las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN del imputado*”, Cit., págs. 7 a 9.

Con anterioridad a esta reforma y, al amparo del art. 363 LECrim, se podría considerar que dicho sometimiento a las intervenciones corporales mediante la pertinente resolución judicial, se configuraría como una carga procesal²⁷⁶, de manera que el sujeto pasivo podría negarse a su realización debiendo soportar las consecuencias desfavorables que se siguieran de ello. También se podría entender que, siendo obligatorio el sometimiento a las intervenciones corporales en el proceso penal, sólo el juez podría imponerlas mediante la coacción indirecta -consistente en la amenaza de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad en caso de negativa a su realización-²⁷⁷.

Adviértase que, aunque en ocasiones la coacción indirecta de la amenaza de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial pudiera servir para vencer la resistencia del sujeto pasivo, lo normal es que la ponderación de penas en juego, determinase que el investigado se negare a someterse a la prueba, lo que implicaría dejar en manos del imputado la efectividad de la investigación penal.

En el orden civil, siguiendo a ORTEGA REINOSO²⁷⁸, se puede hablar de un deber de colaborar o de posibilitar la práctica de la prueba de ADN acordada, sometiéndose a ella, que el Tribunal Supremo y el Constitucional fundamentan en varios principios y deberes. Así, declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de febrero de 1997 que, *«una vez decidida en la instancia la práctica de la prueba biológica, es preciso realizarla ante la situación de no poderse obtener la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, y el afectado está obligado a posibilitar su práctica; no sólo, como dice la STC 17 enero 1994, por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE); sino, por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (artículo 39.3 CE)»*; y en Sentencia de 15 de marzo de

²⁷⁶ Vid MARTÍN PASTOR, J.; *"El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito"*. *"Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: la recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal"* Ed. La Ley. Madrid. 2012 y en *"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: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Nº. 89, 2012, pág. 3

²⁷⁷ Según un sector de la doctrina, avalado por decisiones del Tribunal Constitucional (Entre todas, las SSTC 685/2010, de 7 de julio (Ponente Manuel Marchena), de 29 de Noviembre de 1984 y 19 de Febrero de 1992) no era admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se prestara a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado

Sin embargo, había voces que clamaban la legitimidad de la medida, amparadas en la STS 197/2003, de 4 de febrero ponente Martín Pallín, que si bien era anterior a la reforma del 2003 que introduce el párrafo segundo del art. 363 de la LECrim que la permitía.

²⁷⁸ Vid ORTEGA REINOSO, G.: *"El análisis del ADN en los procesos civiles de filiación desde una perspectiva constitucional y jurisprudencial"*. Actualidad Civil, Nº 7, del 1 Jul. al 1 Ago. 2015, Ed. Wolters Kluwer LA LEY. Agosto 2015.

1989, recogiendo lo declarado en la anterior de 14 de julio de 1988, que la «*negativa por parte del sujeto que había de someterse a ellas, conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 de la Constitución y cuantos preceptos lo desarrollan en el Código Civil... Y... se harían ilusorias las posibilidades de obtener la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los de filiación... Finalmente, mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas supondría un fraude de ley y un ejercicio antisocial del derecho...*»; y en lo que insistió en Sentencia de 16 de junio de 2004, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 (y en los mismos términos las también Sentencias del Constitucional 95/1999, de 31 de mayo, y 177/2007, de 23 de julio) (...).

La trascendencia jurídica de la «negativa injustificada» a someterse a la prueba de ADN pivota sobre dos principios: uno, que esa negativa injustificada no puede considerarse una confesión (*ficta confessio*) de paternidad (caso más frecuente), ya que la confesión ha de referirse a hechos personales de su autor, pues sólo sobre ellos puede tener certeza el confesante, pudiendo tenerla, en este caso, sobre el hecho de la convivencia con la madre en fecha que posibilitara la concepción del hijo, pero no sobre el hecho de la paternidad (la STS de 26 de junio de 1999 habla de *ficta pericia*²⁷⁹; y, dos, que la negativa injustificada e irrazonable a someterse a las pruebas biológicas es un indicio más que junto con otros indicios de paternidad o maternidad puede fundamentar la declaración de filiación, puesto que, no habiendo justificación para no someterse a la prueba biológica acordada, la negativa ha de considerarse un abuso y un ejercicio antisocial del derecho de defensa, además de un incumplimiento de la obligación genérica de colaborar con los órganos judiciales (arts. 118 CE y 17.1 LOPJ), sin perjuicio de que dejaría indefensa a la parte que la propuso, conculcándose el derecho de ésta a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la verdad biológica, manifestación del derecho a la personalidad (arts. 39.2 y 10 CE). Así, afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 febrero de 2007 que «*la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)*».

²⁷⁹ Dice la STS de 26 de junio de 1999 que «...aunque no deba concedérsele a tal negativa injustificada el valor de una *ficta confessio* -en puridad terminológica *ficta pericia*-, como además no existe enlace preciso y directo necesario para encuadrarla dentro de la presunción como medio probatorio, sólo queda valorarla como "un indicio muy cualificado" que en unión del conjunto de otras pruebas, pueda llevar al ánimo del Tribunal la convicción de la paternidad postulada...»

La misma línea es seguida por OSUNA GÓMEZ y ROSA LUCENA²⁸⁰ para quienes tanto el Tribunal Constitucional²⁸¹ y como el Tribunal Supremo²⁸², han sentado en numerosas sentencias, que para valorar la negativa al sometimiento de estas pruebas, si bien no constituye una *facta confessio* o confesión presunta, sí equivale a un indicio muy valioso o muy cualificado, que permite declarar la filiación pretendida si existen otras pruebas acreditadas.

La deducción lógica es inapelable, pues habiendo negativa a la realización de las pruebas biológicas, siempre estaremos ante medios probatorios que no son absolutos. Además, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, una carga procesal²⁸³, debido a que no procede en la vía civil, actualmente, usar medios coactivos para realizar el test del A.D.N.

3.3.- Ley Orgánica 10/2007

La DA 3ª de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, va a definir un nuevo marco cuyas características esenciales –siguiendo a DOLZ LAGO²⁸⁴-, son las siguientes:

“1ª) La toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado así como del lugar del delito, en los delitos específicamente recogidos en la letra a) del apartado 1º del art. 3 de la L.O. 10/2007, parece configurarse como una obligación de la policía judicial (ex Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, primer párrafo, que emplea el término *“la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos...”*).

2ª) La toma de muestras y fluidos voluntaria no requiere autorización judicial, sino exclusivamente el consentimiento del afectado (ex Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, primer párrafo).

3ª) Cuando la toma de muestras requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales y no haya consentimiento del afectado, es precisa la autorización judicial mediante auto motivado de conformidad con lo dispuesto en la LECrim (ex Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, segundo párrafo en relación con los arts. 326 y 363 de la LECrim).”

La creación y regulación de una base de datos única que integre todos los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con los elementos

²⁸⁰ Vid OSUNA GÓMEZ, F. y ROSA LUCENA, F.: “El éxito en un proceso de filiación”. Diario La Ley, Nº 8738, Sección Tribuna, 11 de Abril de 2016, Editorial LA LEY

²⁸¹ Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 y de 14 de febrero de 2005

²⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000.

²⁸³ Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006.

²⁸⁴ Vid DOLZ LAGO, M.J.; *“La prueba de ADN en el proceso penal”*. Coordinador: Juan-Luis Gómez Colomer . “ADN y derechos fundamentales”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014. Pág. 76

identificativos obtenidos a partir del análisis de ADN, tanto en la investigación de los delitos, como en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas (art. 1) es la finalidad que se persigue en la citada Ley Orgánica. Según el art. 4 y como garantía del sistema, sólo podrán inscribirse en esta base de datos policial los identificadores obtenidos a partir del ADN en el marco de una investigación penal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (ADN no codificante), pero no los perfiles de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética, si quiera sea de modo indirecto; lo que en la práctica supone la exigencia de que las inspecciones, reconocimientos e intervenciones corporales, se utilicen sólo para la investigación de delitos graves como trasunto del principio de proporcionalidad²⁸⁵. Y es que si, como garantía del derecho a la intimidad de los afectados, la inscripción no voluntaria de sus perfiles de ADN en la base de datos policial sólo es posible cuando derive de la investigación penal de delitos graves; garantía que exigirán en igual el derecho a la intimidad corporal o a la integridad física afectados por las inspecciones, registros e intervenciones corporales, necesarias para la obtención de las muestras biológicas del imputado.

En este sentido, la DA 3ª de la LO 10/2007, al regular la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN, dispone: “Para la investigación de los delitos enumerados en el art. 3.1 a), 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, requerirán en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim”. Se trata, por tanto, de una referencia a lo establecido en los arts. 326 y 363 LECrim, preceptos a los que cabe añadir la necesidad de que se trate de un delito grave en los términos del art. 3.1 a) de la Ley Orgánica, de manera que puede entenderse que la exigencia de la gravedad del delito ha quedado incorporada de esta manera al régimen del art. 363 LECrim.

Para completar la interpretación legal sobre intervenciones corporales, resultan relevantes los Acuerdos no jurisdiccionales de la sala 2ª del TS, el primero de 13 de julio de 2005, que refiere el artículo 778.3 de la LECrim como habilitación legal suficiente para la concreta práctica de extracción de muestras de ADN a personas detenidas; y el de 31 de enero de 2006, que considera que la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. Si bien la misma Sala 2ª del TS en su sentencia núm. 968/2006 de 11 de octubre explicita que no será válido lo expuesto con anterioridad cuando se trate de contrastar éstas con otras indubitadas para contraponerlas a las encontradas

²⁸⁵ No hace referencia a ello el art. 363.II LECrim, pero ha sido el Tribunal Constitucional el que sostiene que las medidas limitativas de los derechos fundamentales sólo pueden utilizarse para investigar delitos graves, entendiendo como tales los sancionados con pena grave, según el CP, aunque teniendo en cuenta que la gravedad del delito no se determina únicamente en relación con la pena que tiene atribuida, sino también por referencia al bien jurídico protegido y la relevancia social de los hechos.

por la policía, lo que exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 363 de la LECrim.

Según el apartado 8º de la Recomendación R (92) 1 del Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1992, en el que se limitaba el almacenamiento de los análisis de ADN a la condena por delitos graves de: atentado contra la vida, contra la integridad o la seguridad de las personas, añadiendo que correspondía a cada estado miembro determinar lo que ha de entenderse por la expresión utilizada, las intervenciones corporales, en su calidad de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, solo pueden utilizarse para investigar delitos graves²⁸⁶.

La LO 10/2007 acogía y acoge un sistema si cabe más laxo, criticado también por la doctrina por su indeterminación²⁸⁷: *“cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados”*.

La LO 10/2007 parte de dos criterios diversos: la gravedad de los hechos en sí mismos considerados y la toma en consideración de los bienes jurídicos protegidos, teniendo particularmente en cuenta el peligro abstracto en los supuestos de delincuencia organizada. Desde una interpretación literal parece que resulta suficiente la gravedad del delito, en atención a la pena impuesta en cualquier caso. Lo que resulta más discutible es la aplicación de la medida en los supuestos de delitos imprudentes ya que tras la supresión de las faltas contra la integridad de las personas, podía tener una extensión desmedida.

Todo lo anterior ha dado lugar a las críticas doctrinales, no sólo por la indeterminación de los supuestos de aplicación, sino también por dejar en manos de los agentes policiales la determinación de todos estos extremos.

En el supuesto de que la inserción en la base de datos sea consecuencia de una sentencia condenatoria, parece claro que la voluntad del legislador ha sido la de restringir el listado de los delitos a los que sea de aplicación la medida, circunscribiendo ésta a los *“bienes jurídicos superiores relativos a la vida, la salud o la integridad física de las personas”*, y todo ello siempre que se diese el riesgo de reiteración delictiva.

²⁸⁶Vid. MORENO VERDEJO, J.; *“Examen de la LO 10/2007. La prueba de ADN en el proceso penal”*, La prueba ilícita penal, Tenerife 2009, www.juriscomer.com. consideramos el ámbito objetivo y subjetivo un tanto poco proporcionado, sobre todo, teniendo en cuenta que el sospechoso, no parece el imputado en los términos del art. 779.4 LECrim.

²⁸⁷ Vid GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.; *“El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN”* Diario La Ley, Nº 8571, Sección Doctrina, 29 de Junio de 2015, Editorial LA LEY

Pero, si resulta elogiable el empleo de este criterio restrictivo, lo que ya no lo es tanto es la determinación de los linderos que deban ser de aplicación a esta medida y sobre todo, cómo se puede conciliar el meritado listado delictivo en fase de instrucción cuando posteriormente el denunciado sea condenado. ¿Qué ocurrirá cuando las muestras obtenidas en fase de instrucción no queden comprendidas en las consecuencias del delito del art. 129 bis? Parece claro que hubiera sido más adecuada una determinación más precisa de los tipos mediante un listado de delitos²⁸⁸.

3.4.- Reformas penales y procesales del año 2015

Como consecuencia de la preocupación en la doctrina por la falta expresa de preceptos sobre el uso de la compulsión para la obtención de muestras biológicas para la práctica de la prueba de ADN de investigados y, con el fin de evitar dejar en manos del investigado la efectividad de la prueba, se introdujeron en el año 2015 una serie de modificaciones en el Código Penal y en la LECrim²⁸⁹, con el fin de regular el uso de la vis coactiva para la obtención de la muestra biológica con el fin de efectuar el cotejo del ADN, legitimándolo y superando el óbice de cobertura legal que aducía el Tribunal Constitucional.

Hasta ese momento la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo²⁹⁰, era pacífica en este sentido de imposibilidad de ser impuesta por la fuerza la *prueba biológica* de modo que nadie podrá ser coercitivamente compelido, con *vis física* o compulsión personal directa, a la verificación de este tipo de análisis (sentencias del Tribunal Constitucional 103/1985, 107/1985, 37/1989, entre otras; sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988, 14 de mayo de 1991, 685/2010, de 7 julio...), aunque existe una sentencia anterior a la reforma de 2003 que introducía el segundo párrafo de la LECrim que sí la permitía. La doctrina en cambio se mostraba muy dividida, aunque el Tribunal Supremo en la sentencia 107/2003, de 4 de febrero, había declarado también que «según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o *coactiva* sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado», lo cierto es que según GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS²⁹¹ para DOLZ DELGADO (2012, 7), la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos

²⁸⁸ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.: “La Ley 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores de ADN”; *Diario LA LEY*, núm. 6901, marzo de 2008.

²⁸⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E núm. 77 de 31 de marzo de 2015. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 239 de 06 de Octubre de 2015, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

²⁹⁰ Vid CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”. *Diario La Ley*, 1994, pág. 815, tomo 3, Editorial LA LEY.

²⁹¹ Vid GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.: “El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN” *Diario La Ley*, N.º 8571, 29 de Junio de 2015. Ed. La Ley. Madrid 2015.

meramente identificativos (cfr. STS 2.^a núm. 803/2003; también *vide* SSTS 2.^a 949/2006; 1311/2005 y 179/2006) salvo levemente al derecho a la intimidad, el cual según conocida jurisprudencia puede verse limitado en aras a la investigación penal incluso sin autorización judicial (*v.gr.* cacheos policiales). En sentido opuesto, DEL POZO PÉREZ se muestra especialmente contraria a esta posibilidad, señala esta autora que ni la LO de 2003, ni la 10/2007 habían resuelto expresamente esta cuestión, y tampoco parece que del art. 363 (al decir que el juez de instrucción «...podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad») ni de la DA 3.^a puedan ser entendidos como una expresa previsión legal que autoriza el empleo de fuerza para tomar la muestra sin el consentimiento del sospechoso. De este modo la STS 685/2010, de 7 julio, 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, sin embargo, «no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita —hoy por hoy, inexistente— que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados». Parece claro en todo caso, que ni tan siquiera sería posible remover la voluntad del interesado mediante cualquier tipo de actuación capciosa atendida la necesidad de instruir al interesado *por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento*, (art. 3.1. de la Ley 10/2007). A los anteriores podríamos añadir, a favor del uso de la vis coactiva a MATALLÍN EVANGELIO²⁹², quien entiende que, tratándose de intervenciones corporales acordadas por resolución (judicial) motivada, amparada en precepto adecuado y proporcionadas (adecuadas a fin, necesarias y proporcionadas en sentido estricto) no existe impedimento constitucional para proceder a su ejecución *coactiva*, respetuosa con la dignidad del sujeto y realizada de la forma menos lesiva y en contra, OLMO DEL OLMO²⁹³, para quien a la vista del tenor literal del citado precepto y de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, no se puede decir que se legitime expresamente el uso de la vis física o del empleo de intervenciones coactivas para la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado.

Por consiguiente, y hasta la reforma de 2015, la posibilidad de practicar la prueba de ADN y en general, cualquier prueba biológica, dependía del sometimiento de la persona afectada, pues el superior principio de la libertad individual impedía emplear cualquier tipo de fuerza o coacción para obtener las muestras sanguíneas. A partir de esta reforma y, ante la negativa a someterse a la toma de muestras de ADN, la LECrim faculta al juez de instrucción a disponer un reconocimiento, inspección o intervención corporal con la finalidad

²⁹² Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.; *“Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal”*. Cit. Pág. 61 y ss.

²⁹³ Vid OLMO DEL OLMO, J.A.; *“Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”*. La Ley Penal, N.º91, Marzo 2012, Editorial LA LEY

de conseguir la muestra indubitada²⁹⁴. Es decir, como establece SOLETO MUÑOZ²⁹⁵, la falta de cooperación es suplida por la autorización judicial.

Es a partir de ahora, cuando el régimen jurídico sobre las intervenciones corporales para la obtención de muestras para el análisis de ADN va a venir completado por el art. 520 de la LECrim, que en su apartado 6 c) establece, entre los derechos del detenido, el de ser informado (...) de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal²⁹⁶, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad. Obviamente en la práctica, dicho recurso legal dota de eficacia a la facultad judicial del art. 363 LECrim, que establece que siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN.

Dicho recurso a la “*vis coactiva*” con el fin de obtener muestras con la que cotejar el ADN se impone también, como consecuencia accesoria de la pena, en caso de condena por determinados delitos graves, recogiendo en la modificación del Código Penal, lo que representa de facto, la inclusión del perfil genético del condenado en la base de datos policial con el fin de cotejo identificativo (cuando fuera presumible la reincidencia dada la tipología especial del delito: asesinos en serie, delitos sexuales, etc.). El nuevo art. 129 bis CP dice al respecto:

Art. 129 bis. CP: “Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de

²⁹⁴ Si bien la vis compulsiva ha sido recogida en la reciente modificación de la LECrim debemos hacer nuestras las objeciones que sobre dicha nueva posibilidad hace GIMENO SENDRA: se habla del principio de proporcionalidad pero no prohíbe aquellas que pudieran poner en peligro la salud del investigado (hemofílico, en caso de análisis sanguíneos), quién está facultado para efectuar la intervención (que se supone habría de ser sanitario), tampoco prevé las intervenciones corporales ni faculta a la policía judicial a practicar las intervenciones banales. Vid GIMENO SENDRA: “Derecho Procesal...”. Cit. Pág. 480

²⁹⁵ Vid SOLETO MUÑOZ, H.; “La identificación del imputado. Ruedas, fotos, ADN... de los métodos basados en la percepción a la prueba científica”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs.122 y 123.

²⁹⁶ Vid GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.; “Inversión de la carga de la prueba en la obtención del material de ADN: análisis de la STS de 13 de marzo de 2015” La Ley Penal, N.º 114, Mayo-Junio 2015, Editorial La Ley.

muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.”

4.- EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN

4.1.- Naturaleza jurídica

La íntima relación que existe entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal Penal²⁹⁷, como plasmación del principio de oficialidad imperante en el proceso penal, que hace prevalecer el interés público imponiendo al Juez penal determinadas obligaciones, exige un estudio sobre la naturaleza jurídica de la prueba de ADN y su incardinación en la fase procesal en la que se desarrolle²⁹⁸, dado que el objeto del proceso determina su función, que no es sino la aplicación del *ius puniendi* del Estado (la represión de actos punibles mediante la imposición de penas a sujetos determinados)²⁹⁹.

Tal y como destacamos en su momento y, según el Tribunal Constitucional, “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim)³⁰⁰, que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral³⁰¹,

²⁹⁷ “Nulla poena sine previa lege penale”; pero además, como exige el artº 1 LECrim: “Nulla poena sine legale proceso previo”. Vid CHOZAS ALONSO, J.M.; “*Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal*”. En La reforma del Proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1989. Pág. 201 y ss.

²⁹⁸ Vid GALDANA PÉREZ MORALES, M.; “*Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario: doctrina y jurisprudencia*” Ed. Comares, Madrid. 2002. Págs. 23 y ss.

²⁹⁹ Art. 1 LECrim

³⁰⁰ Excepción a lo anterior: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de febrero de 1991, caso Isgró EDJ 1991/12505, no consideró violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos la toma en consideración de declaraciones *sumariales* de un testigo ilocalizable para el juicio oral, teniendo en cuenta que esas declaraciones fueron realizadas ante un Magistrado cuya imparcialidad no fue puesta en duda.... Además, de acuerdo con la doctrina sentada en esta sentencia y en otras como las 2/2002, 57/2002 ó 80/2003 “el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el acusado (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una *actuación* judicial constitucionalmente censurable”

³⁰¹ Vid JUANES PECES, A.; “*El proceso penal*”. Epígrafe La Instrucción: contenido y naturaleza. Doc. Tol.10.714. Junto a estas *diligencias* a la vez de averiguación propiamente dichas y de preconstitución de prueba, regula la LECRIM otras *diligencias* cuya *práctica* rodea de garantías reforzadas, que tampoco consisten en *diligencias de investigación*, sino que son *diligencias* o *actos* de prueba anticipada, cuando, a diferencia de lo usual, se tiene constancia o existe peligro inminente de la imposibilidad o extrema dificultad de ser reproducidas tales *diligencias* en el *acto* del juicio oral. Así se contienen también en el Libro II las disposiciones

proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa³⁰², y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador³⁰³.

Dichas diligencias sumariales son el instrumento para la averiguación del delito y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado³⁰⁴, mediante el cual se imponen castigos a los autores de infracción de la ley penal. El ejercicio del citado derecho de penar, concebido, no tanto como un derecho subjetivo estatal a imponer penas, sino como el poder sancionador máximo correspondiente a los actos ilícitos mas graves, sólo cabe atribuirlo al Estado, el cual, mediante las personas autorizadas para ello, lo ejercerá conforme a los preceptos legales, esto es, los requisitos, garantías y postulados que suelen expresarse sintéticamente con el nombre de principio de legalidad (procesal-penal) o de necesidad.³⁰⁵

En ese sentido nuestro Tribunal Constitucional afirma que el ejercicio del *ius puniendi* corresponde en exclusiva al Estado (STC de 3 de febrero de 2000)³⁰⁶, y ha de ejercerse en un proceso con todas las garantías (SSTC de 10 de

relativas a la anticipación de la prueba testifical (arts. 448 y 449) y la pericial (arts. 467. II y 476). Se trata de declaraciones testificales e informes periciales realizados durante la instrucción del sumario cuando de alguna manera haya constancia de que su *práctica* en el *acto* del juicio oral resulte muy difícil o imposible, en cuyos casos se someten a las garantías propias de los *actos* de prueba del juicio oral.

³⁰² Vid ALONSO PEREZ, F; *“Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, comentarios, jurisprudencia y formularios”* Editorial: Dykinson 2ª ed. 2003. Pág. 137 y ss.

³⁰³ STC 217/1989. Ponente Vicente Gimeno Sendra. “Es doctrina consolidada de este Tribunal, desde su STC 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 L.E.Crim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador”. Vid STC 29/2008 de 20 de febrero, STC 92/2006 de 27 de marzo. STS 480/2009 de 22 de mayo, STS 877/2011 de 121 de julio y STS 685/2012 de 20 de septiembre. Vid BUJOSA VADELL, L.M.; *“Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”*. Víctor Moreno Catena (Director). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Pág. 15

³⁰⁴ Vid DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *“Vademécum de Derecho Penal”*. 3ª Edición. 2014. Cit. Pág. 178. El *ius puniendi* es la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen. El *ius puniendi* lo ostenta el Estado a quien corresponde, en sede legislativa, establecer las conductas prohibidas y asignarles una pena o medida de seguridad. Naturalmente el *ius puniendi* tiene un titular único que es el Estado, el cual se somete al Ordenamiento Jurídico, pero serán los Jueces y Tribunales quienes hayan de desempeñar la tarea y la labor de aplicar las penas e interpretar las normas. Y para ello es preciso trazar con precisión milimétrica los límites y racionalizar las sanciones.

³⁰⁵ Vid DE LA OLIVA SANTOS y otros; *“Derecho procesal penal”*. Ed Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1993 y en *“Acerca de la reforma procesal”*, Revista de derecho procesal, 1995-1. Págs. 141-180

³⁰⁶ Vid DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *“Vademécum Penal: Ius puniendi”*. El *ius puniendi* es la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen. El *ius puniendi* lo ostenta el Estado a quien corresponde, en sede legislativa, establecer las conductas prohibidas y asignarles una pena o medida de seguridad. Naturalmente el *ius puniendi* tiene un titular único que es el Estado, el cual se somete al

marzo de 1997 y de 1 de diciembre de 1998); “ya que la CE ha establecido para el proceso penal un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí, en su art. 24 de suerte que cada una de sus fases se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva incluso antes de que el mismo proceso comience, la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige la pretensión”.

Señalar que como principios guía y límite del *ius puniendi* tenemos: el principio de legalidad, el principio de intervención mínima y el principio de culpabilidad, entre otros³⁰⁷.

Así, COBO DEL ROSAL, ha afirmado que el “principio de legalidad constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico y especialmente del derecho penal en todas sus manifestaciones, unidas por una abrazadera común: la proscripción de toda indefensión”³⁰⁸.

GÓMEZ DE LIAÑO, por su parte sostiene que “el nuevo marco constitucional potencia las normas relativas a los derechos fundamentales de todas las personas y también de la sociedad como tal, ya que el enfoque cabal de esta cuestión debe hacerse teniendo en cuenta que en ella confluyen tres clases de intereses diversos: el orden social y la seguridad pública que precisa la sociedad para su defensa y existencia, la dignidad y la libertad personal del “presunto culpable” al que asiste el sagrado derecho de defensa y los derechos de la víctima a que se restablezcan su integridad física, moral y demás derechos afectados por la infracción penal.”³⁰⁹

Así, la verdad material no puede ser conocida a cualquier precio, sino que habrá que establecer un proceso de fijación formal de los hechos encaminado a dicho conocimiento en el seno de un proceso penal con todas las garantías³¹⁰. De otra manera se podrían lesionar derechos personales y sociales como tiene establecido el TC: “la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba (...) que haya llegado con todas las garantías al proceso (STC 55/82 de 26 de julio)

El mismo Tribunal Constitucional establece que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen al Juez a la hora de dictar sentencia³¹¹, las practicadas

Ordenamiento Jurídico, pero serán los Jueces y Tribunales quienes hayan de desempeñar la tarea y la labor de aplicar las penas e interpretar las normas. Cit. Pág. 211

³⁰⁷ SSTS de 22 de febrero de 2001, de 19 de enero de 2009 y SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2009.

³⁰⁸ Vid COBO DEL ROSAL, M.; “*Constitución y Derecho Penal: el principio de legalidad en materia criminal*” (Estudios jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna) 1993. Págs. 159 y 160 (Sobre la sentencia STC 59/2008 de 31 de enero). El principio de legalidad ha sido calificado de "eje diamantino de un derecho penal un tanto evolucionado" por COBO DEL ROSAL, M.; “*Principio de legalidad y Ministerio Fiscal*”. Cuadernos de Política Criminal, núm. 2, 1977, Pág. 25

³⁰⁹ Vid GÓMEZ DE LIAÑO, F.; “*El proceso penal*”. Ed. Fórum. Oviedo. 1989. Pág. 124.

³¹⁰ STC 259/1994. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: No ha resultado vulnerado, puesto que los órganos jurisdiccionales ordinarios contaron con actividad probatorio de cargo suficiente y con todas las *garantías*, para enervarla válidamente.

³¹¹ Vid CLIMENT DURAN, C.; “*La prueba penal*”. Algunas consideraciones previas de orden lógico. Ed. Tirant Lo Blanch. Págs. 54 a 72. *La prueba tiene por objeto comprobar la verdad o falsedad de una proposición concreta o fáctica, y que la demostración tiene por objeto determinar la validez o no validez de una proposición abstracta o general*, también llamada tesis, que, a su vez, puede ser teórica (teorema) o práctica (problema). En igual sentido Vid MANS PUIGARNAU, J.M.; “*Lógica para juristas*”. Editorial: J. M. Bosch Editor, United States (1978), p. 203, que «las tesis prácticas (o problemas), en cuanto objeto de la demostración, son

en el juicio oral siguiendo los principios de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad.³¹² Todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 741 LECrim y que interpretó nuestro Alto Tribunal en la sentencia 31/82 de 28 de julio, en la que, para enervar la presunción de inocencia referida a todos los elementos esenciales del delito y de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado, establece la “necesidad de una mínima actividad probatoria de cargo en el juicio oral”.³¹³ Dicha prueba debe “haber llegado con las debidas garantías al proceso” (STC 55/82 de 26 de julio).

De esa manera, al interpretar la necesidad de prueba de cargo suficiente, practicada en el juicio oral, contrarió la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inmotivación de la apreciación probatoria, haciendo caer el dogma de la inatacabilidad de la narración fáctica como representación de la soberanía del Tribunal juzgador sobre la apreciación de las pruebas³¹⁴.

Dicha convicción sobre la culpabilidad del acusado se recoge también en el art. 32.1 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se proclama el derecho de “toda persona a ser considerada y tratada como inocente hasta que su culpabilidad haya sido establecida según la ley” (principio de legalidad). Y en el 32.2: “Nadie podrá ser condenado sino en virtud de pruebas de cargo válidas y suficientes, que permitan al tribunal alcanzar, más allá de toda duda razonable, la convicción sobre la culpabilidad del acusado.

La prueba de ADN se desarrolla en varias fases, cada una de las cuales se incardinará en un momento procesal determinado, si se repara en el carácter multifásico del proceso penal, cuyo presupuesto subjetivo activo (quién la ordena) también será distinto y marcará incluso su inclusión en una u otra fase del proceso: carácter preprocesal o procesal. Dejando al margen aquellas actuaciones de la prueba de ADN que sean iniciadas con carácter preprocesal³¹⁵, deberemos analizar la naturaleza jurídica de la fase de instrucción, fase en la que se incluirá generalmente la primera fase de la prueba de ADN: la toma de muestras una vez acordada su práctica.

Para la doctrina mayoritaria, la naturaleza jurídica de dicha fase de instrucción (GIMENO SENDRA³¹⁶; FENECH³¹⁷; GÓMEZ ORBANEJA³¹⁸;

también abstractas, sin que puedan confundirse con las proposiciones fácticas, que esas sí que versan sobre realidades concretas, y sólo pueden ser objeto de prueba».

³¹² STC 137/1998 de 7 de julio, STC 201/89 de 30 de noviembre o 68/2010 de 18 de octubre.

³¹³ Posteriormente dicha doctrina se reitera en SSTC 64/86 de 21 de mayo, 153/97 de 29 de septiembre o 133/2011, de 18 de julio.

³¹⁴ Vid VÁZQUEZ SOTELO; “Presunción de inocencia y prueba indiciaria” en la obra colectiva *Investigación y Prueba en el proceso penal* (Dir. Nicolás González-Cuellar Serrano). Madrid 2006. Págs. 36-49

³¹⁵ Como bien advierte VELASCO NÚÑEZ, la policía judicial no realiza funciones extraprocesales. Vid VELASCO NÚÑEZ, E.; “*Funciones de la Policía Judicial*”, dentro de la obra “Código Procesal Penal para la Policía Judicial”. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2015. Págs. 189 y ss. (...) “la policía judicial despliega sus funciones encaminadas a su incorporación a un proceso que acabe judicializado, y entre ellas, por tanto, no sólo las notoriamente penales, sino también todas aquellas en que por falta de datos, lo prematuro de los mismos o incluso lo confuso de las versiones que se vayan recabando, puedan desde el comienzo suponer situaciones de duda, incluso, sobre la naturaleza penal o no de las mismas”, así puede actuar antes de la formación por parte del Juez de Instrucción de unas actuaciones que den comienzo a las oportunas diligencias previas, pero que indefectiblemente, en caso de ser susceptibles de su persecución concluirán confluyendo en éstas, de esta manera la prueba del ADN comienza su desarrollo en la fase de instrucción.

³¹⁶ Vid GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal penal*” 2º Edición. Cit. Pág. 351

FAIRÉN³¹⁹), ha de ser jurisdiccional, o al menos mixta, administrativa y jurisdiccional³²⁰. Todo lo anterior, atendiendo a la naturaleza de los actos instructorios, que no son más que actos de aportación de hechos al proceso, ninguna dificultad existe a la hora de suscribir la teoría administrativa(...), pero determinados actos de investigación, entre los que se encuentran las intervenciones corporales para la toma de muestras de ADN, en los que se afecta de manera muy notoria los derechos fundamentales, marcan la reserva jurisdiccional en virtud de lo dispuesto en el art. 53.2 CE.

Siguiendo al profesor GIMENO SENDRA, dicha instrucción puede ser sistematizada siguiendo dos criterios: “el subjetivo dando lugar así a las diligencias policiales de prevención, (arts. 282 a 298 LECrim), diligencias informativas del Ministerio Fiscal (773.2 LECrim y 5 EOMF), diligencias judiciales de prevención o primeras diligencias que han de practicar los Jueces de Instrucción incompetentes a fin de determinar provisionalmente el hecho punible, asegurar el cuerpo del delito y adoptar las medidas cautelares urgentes (art. 13 en relación con el art. 307), los sumarios ordinarios que han de instruir los Jueces de instrucción competentes (art. 306 y ss.), los sumarios que hayan de instruir los Jueces de Instrucción Especiales, la instrucción del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores y las diligencias de investigación que hayan de practicar los jueces delegados y comisionados”³²¹. Dejaremos al margen el criterio objetivo o procedimental porque aquel poco ha de decirnos de la prueba que estemos analizando³²², si bien el tipo de delito que autoriza la ley para la toma de muestras con objeto de la prueba de ADN habrá de ser por lo general un sumario ordinario o unas diligencias de la Ley del Jurado³²³.

Advertido que la prueba de ADN es una prueba instructora, de aportación de hechos al proceso, diremos también que en dicho seno adquiere la forma de diligencia de investigación, prueba preconstituida y prueba pericial³²⁴ y todo ello siguiendo el corriente orden: en el acto de recogida de la muestra la prueba será prueba preconstituida, los análisis periciales en fase de instrucción serán diligencias de investigación y los análisis periciales en el juicio oral, cuando son sometidos a contradicción será prueba pericial propiamente dicha.

³¹⁷ Vid FENECH, M.; *“Derecho procesal penal”*. Vol. 1, Barcelona 1952, Ed. Labor, pág. 3.

³¹⁸ Vid GÓMEZ ORBANEJA, E.; *“Derecho Procesal”*. Ed. Peizal. Madrid, 1986. Pág. 113

³¹⁹ Vid FAIRÉN GUILLÉN, V.; *“Temas del Ordenamiento Procesal. La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español”*, Madrid, Edit. Tecnos, 1969. Tomo II. Págs. 365 y ss.

³²⁰ Vid PASTOR LÓPEZ; *“El sumario: su función y naturaleza jurídica”*. Revista de Derecho Procesal. Núm. 1 1965. Págs. 61 y ss.

³²¹ Vid GIMENO SENDRA, V.; Cit. Pág. 352

³²² Únicamente procede en caso de delitos graves, de acuerdo con el art. 3.1, a) de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

³²³ Vid LUZÓN PEÑA, D.M.; *“Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”* ADPCP, 1989, págs. 892-4

³²⁴ Vid REYES ALVARADO, Y.; *“Imputación objetiva”*, 2ª ed., Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 51 ss.

4.2.- Prueba preconstituida

a) Prueba anticipada/prueba preconstituida.

La prueba pericial debe someterse a las diferentes fases del proceso con el fin de transformarse en prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del investigado. En tal sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional al decir:

“(…) que la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral y la misma será la que sirva para crear la convicción del Tribunal sentenciador con el fin de emitir la correspondiente sentencia, bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación (SSTC 31/1981, 201/1989, 161/1990 y 283/1994, entre otras muchas), con excepciones como las que nos ocupan, prueba anticipada o prueba preconstituida. Así, según lo dispuesto en el artículo 788 de nuestra LECrim, la práctica de la prueba se realiza concentradamente en el juicio oral pero la jurisprudencia también otorga fuerza probatoria sin necesidad de ratificación a los informes periciales oficiales elaborados durante la instrucción siempre que no hayan sido impugnados por la defensa (STS 29.05.1998; 05.06.2000; 04.02.2002; 27.03.2003; 21.01.2004 y 17.06.2005, entre otras y SSTC, entre otras, 127/1990, de 5 de julio y 24/1991, de 11 de febrero)”.

Posición que, asumida por el Tribunal Supremo, trae causa de los Plenos no jurisdiccionales de 21 de mayo de 1.999 y 23 de febrero de 2.001³²⁵. También lo entiende así la doctrina.

GÓMEZ COLOMER advierte que la prueba pericial sólo se practicará en el juicio oral si hay impugnación de la defensa³²⁶. Si no se impugna, tiene el carácter de *prueba preconstituida*. ROMERO CASABONA sostiene que “La introducción en el proceso de los análisis de ADN como medio de prueba se sustancia en tanto que prueba pericial (fuente de prueba). Suele constituirse como prueba preconstituida, al incorporarse la pericia en un documento, dado que no sería posible repetir la misma en el acto procesal (al menos sería muy complicado y podría conllevar la suspensión del juicio oral, la nota es nuestra). Al tratarse de una prueba pericial permite la contrapericia³²⁷”.

En consecuencia, el acto del juicio oral -presidido por los principios de concentración, oralidad, inmediación y contradicción-, se configura como el momento procesal clave en el que los hechos controvertidos se transformarán en verdaderas pruebas³²⁸; siendo ésta una regla general que admite dos excepciones: la prueba anticipada y la prueba preconstituida³²⁹.

³²⁵ “cuando se trata de pericias realizadas por Laboratorios Oficiales, no es necesaria la comparecencia de los peritos en el plenario para considerar la pericial como prueba documental con capacidad para formar la convicción del Tribunal, siempre y cuando no exista impugnación manifestada por la defensa del dictamen pericial incorporado al sumario, pues en tal caso, se deberá practicar la pericial en el juicio oral con las garantías de inmediación y contradicción para alcanzar categoría de prueba válida valorable por el Juzgador.”

³²⁶ Vid GÓMEZ COLOMER, JL.; “La prueba de ADN en el proceso penal”. TOL 4.547.058

³²⁷ Vid ROMERO CASABONAS/ROMERO MALANDA; cit.: págs. 37: “”

³²⁸ “Y Ello porque este Tribunal ha reiterado en distintas ocasiones que por prueba en el proceso penal ha de entenderse en sentido propio la producida en el juicio oral, en el cual se

Para entender en toda su amplitud el contenido de estos dos términos tendremos que diferenciar nítidamente las dos fases del proceso penal: la fase de instrucción y la fase del juicio oral, aunque resta la fase intermedia, pero de escasa importancia para el tema que nos ocupa.

La fase de instrucción está encaminada a la preparación del juicio oral, con la formación de la prueba que se llevara a cabo en éste. Su función fundamental es aglutinar todo el acervo probatorio en la idea de preparar el acto del juicio oral, en el que el tribunal evaluará el grado de verosimilitud y compatibilidad de las pruebas con una u otra tesis de defensa o acusación. Pero sucede que existen pruebas que por diversas circunstancias no podrán ser practicadas en el seno del juicio oral, por lo que habrán de practicarse antes de su apertura éste. Dichas pruebas son la prueba anticipada y la prueba preconstituida que tienen como común denominador la irrepetibilidad del hecho.

De esta forma, hay determinadas diligencias de investigación como la diligencia de entrada y registro, la recogida de efectos del delito, piezas de convicción y elementos relacionados con el mismo o la diligencia de intervención de las comunicaciones, necesarias en el momento que se realizan, y que sirven para la obtención de objetos de prueba.

GUZMÁN FLUJA parece asignar el carácter de *prueba anticipada* a dichas diligencias (adelantada según su expresión)³³⁰; afirmación que a mi juicio no es correcta. Dichas diligencias sin duda no van a poder reproducirse en el juicio oral, y por la utilidad que ofrecen de proteger y conservar las fuentes de prueba en condiciones de poder ser aportadas al juicio oral, habrán de ser sin duda practicadas en la fase de instrucción³³¹, pero ello no quiere decir que tengan la consideración de prueba anticipada³³².

aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad". SSTC 67/2001 de 17 de marzo

³²⁹ Vid JUANES PECES, A.; "El proceso penal" la instrucción: contenido y naturaleza". Cit. TOL10.713.

³³⁰ Vid GUZMÁN FLUJA; "Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2006. TOL. 865.110

³³¹ GIMENO SENDRA entiende incluidas en dichas diligencias las intervenciones corporales, a las que otorga la naturaleza de actos aseguratorios de prueba, siempre que estén autorizadas por el Juez de Instrucción -pues se ven comprometidos derechos fundamentales-, bien una vez abiertas diligencias (con lo que podríamos denominarlas procesales), bien por la Policía Judicial (en caso de urgencia). Ahora bien, la Policía Judicial no podrá intervenir en caso de afectación de derechos fundamentales, pues dicho ámbito le queda reservado al Juez Instructor previo juicio de ponderación de intereses en juego, de necesidad y de idoneidad. Vid GIMENO SENDRA, V.; "Derecho Procesal Penal". Cit. Pág. 444

³³² Y ello en base a la Sentencia del Tribunal Supremo 2031/2002, de 4 Dic.. la que cita un error "al considerar la toma de muestras como **prueba preconstituida**, lo que no son, sino diligencias de investigación por la policía judicial. Como dijimos en la TS S 2184/2001, de 23 Nov., «la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial que no tiene la naturaleza de prueba preconstituida y que, en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial emitido en el juicio, necesita ser incorporado la mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron, sin que le sean aplicables a estas actuaciones policiales las exigencias propias de la prueba preconstituida, pues no tienen dicha naturaleza, sin perjuicio de someterse a los principios de

Este autor sin embargo posteriormente, a mi juicio aquí sí de manera acertada, concreta la prueba anticipada a aquella que es realizada una vez abierta la fase de juicio oral y que, ante una previsible imposibilidad de ser practicada en las sesiones del mismo (que se deberían desarrollar en unidad de acto), se anticipa su práctica con todas las formalidades que se respetarían de celebrarse en éste, cuales son: presencia de las partes, celebrada ante el Tribunal que ha de conocer el enjuiciamiento y sometimiento a la oportuna contradicción³³³. Limita esta posibilidad de anticipación a extremos muy singulares y cuyo carácter de excepcionalidad traslada a su admisión. Dichos supuestos serían aquellos de imposibilidad de celebrar en el juicio oral, como puede ser el peligro de muerte de un testigo o, que dicha práctica retrasar o interrumpiera necesariamente la práctica del juicio como pueden ser una inspección ocular instada por las partes (art 727 LECrim).

Por otra parte, hay determinadas diligencias de investigación que por sus características, habrán de ser practicadas en la fase de instrucción, y que gozan de la peculiaridad de que nuestro ordenamiento les otorga la posibilidad de formar la convicción del Tribunal enjuiciador sin que sean celebradas ante éste. Son las **pruebas preconstituidas**³³⁴, las cuáles han de estar dirigida por los mismos principios que presiden la fase de juicio oral: inmediación y la contradicción, si bien dichos principios, por el carácter de la fase en la que se desarrollan gozarán de ciertas peculiaridades.

Las notas características que determinan la prueba preconstituida son según el principio material la irrepetibilidad del hecho, desde el punto de vista subjetivo la intervención judicial salvo el supuesto de urgencia y desde el punto de vista formal la introducción de la prueba en el juicio oral mediante la lectura de documentos con la única excepción de las grabaciones telefónicas cuya reproducción íntegra ha de hacerse en el juicio oral^{335,336}.

legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión». Las diligencias efectuadas por la policía judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral. Como hemos señalado en nuestra Jurisprudencia, por todas TS S 724/2002, de 24 Abr., es claro que la policía judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en las leyes procesales. Cuestión distinta es la valoración que deba darse a las mencionadas diligencias policiales, pues como tales diligencias del atestado no tienen naturaleza de prueba, sin perjuicio de su valoración como testifical en el juicio oral sujeta a las exigencias de la prueba testifical”.

³³³ Vid GUZMÁN FLUJA, V.; “Resumen técnico: prueba anticipada (Proceso penal)”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2009. y “Prueba y proceso penal: la anticipación y la prueba penal”. Ed Tirant. Valencia 2008. Documento TOL1.269.446

³³⁴ Vid GIMENO SENDRA, V.; “Derecho procesal penal”. Cit. Pág. 451 y ss Vid GUZMÁN FLUJA, V.; “Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal”. Cit. Documento TOL865.128

³³⁵ Vid. LÓPEZ YAGÜES, V.: “La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma”. En “La reforma del proceso penal”. Ed. La Ley. Madrid 2011. ... de otro lado se diferencian en la necesaria presencia del total de garantías características de la prueba en el acto del juicio cuando se trata de la celebración de la primera -**prueba anticipada**- y la posible excepción o ausencia de alguna de ellas en la práctica de un acto de «**prueba preconstituida**», concretamente la **nota** de contradicción, que no siempre está inicialmente presente. (...) En el primer supuesto se

En lo tocante a la *inmediación*, en el juicio oral toda la prueba se practicará ante la Sala Enjuiciadora, mientras que en la preconstituida, bastará con que el Juez de Instrucción la ordene y se practique a su presencia o, que la valide a posteriori en caso de ser practicada por la policía judicial. Así, en una inspección ocular será suficiente su presencia en la recogida de los vestigios, pudiendo facultar a la Policía Judicial o al Médico Forense a su recogida en condiciones que garanticen la cadena de custodia, salvo en supuestos de urgencia.

En cuanto al principio de *contradicción*, puede verse comprometido por el hecho de que no exista aún investigado o encausado, en cuyo caso no podrá contarse con su asistencia en la práctica de las pruebas; si bien, una vez que aparezca en el proceso, podrá someter a contradicción tanto los estudios o informes presentados como la correcta custodia de las piezas de convicción.

Por otro lado, citar como casos de prueba sumarial anticipada -al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 LECrim-, las declaraciones de los testigos a los que por su inminente peligro de muerte o incapacidad física e intelectual, o la posibilidad de ausentarse del territorio nacional, se les tome declaración con anterioridad al acto del juicio oral. Diligencia que, al amparo del art. 448 LECrim, exige que se les haya tomado la declaración con todos los requisitos legales de la preconstitución probatoria, esto es asegurando la contradicción de las partes, contando con la presencia del imputado y su abogado, y documentando dicha declaración de modo que pueda acceder al plenario con todas las garantías legales. De la misma forma nuestra ley rituarial establece la misma posibilidad para las víctimas menores de edad y discapacitadas necesitadas de especial protección.

b) La prueba de ADN como prueba preconstituida.

Pero sin duda, a los efectos que nos ocupan, la prueba preconstituida, cobra su casuística más relevante en la prueba pericial, y muy concretamente en la prueba de ADN. Obviamente, la prueba de ADN no es fácilmente reproducible en el juicio oral, por lo que debemos entender que la práctica de

alude a la llamada «**prueba anticipada**» y el segundo hace referencia a la que se conoce como «**prueba preconstituida**»;... Según el texto (...) que nos ocupa, adquiere la condición de imputado «cuando haya de practicarse alguna **prueba anticipada** o preconstituida» en cuya celebración ha de intervenir el sujeto sometido a investigación, en aras de posibilitar la -al menos en el primer supuesto- inexcusable garantía de contradicción procesal. Siendo, pues, común a ambas fórmulas la imposible reproducción posterior, es lo cierto que se distinguen, de un lado, por la necesaria intervención del juez de instrucción, en el caso de la **prueba anticipada**, mientras que los actos de preconstitución de prueba pueden también ser llevados a cabo por órganos policiales y fiscales(...).

³³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Primera, 303/1993 de 25 Oct. 1993. Ponente GIMENO SENDRA, V.: “los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una Sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 L.E.Crim. (LA LEY 1/1882)), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado --cfr. arts. 448.1. y 333.1.) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730).

dicha prueba se realizará en la fase de instrucción, documentándose en un informe pericial que será sometido a contradicción. Si dicho informe, que debe ser emitido por un laboratorio oficial con todas las garantías, no fuera impugnado expresamente rebatiendo alguno de los aspectos que en el mismo se contienen -sin utilizar una fórmula genérica-, se dará por reproducido en el juicio oral y servirá, sin más, para formar la convicción de la Sala enjuiciadora.

Así, ETXEBERRÍA GURIDI sostiene que las pruebas de ADN son "diligencias de investigación postdelictuales"³³⁷, y "diligencias de práctica anticipada", bien por su irrepetibilidad en ciertos casos, bien porque se hace aconsejable (pese a su reproducibilidad), para evitar la suspensión del juicio oral y para garantizar el respeto a la dignidad y el pudor del afectado³³⁸.

El reconocimiento del carácter de prueba preconstituida a la prueba de ADN viene determinado además por la lógica del proceso, ya que es inviable en el acto del juicio oral el desarrollo de una prueba pericial con cotejo en una base de datos policial. Nuestra jurisprudencia así lo ha reconocido en numerosos pronunciamientos (vid por todas STS 501/2005 de 19 de marzo). La doctrina también le confiere tal naturaleza; GONZÁLEZ COLOMER al decir "(...) los resultados a los que se llega científicamente tras la recogida o toma de muestras, huellas, vestigios o restos biológicos para ser analizado su ADN son prueba preconstituida"³³⁹. Lo propio hace GIMENO SENDRA que³⁴⁰, en una muy oportuna sistematización, incluye la prueba de ADN en prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial, en cuanto a la gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y la prueba preconstituida del Juez de Instrucción, en cuanto a la intervención corporal al objeto de obtener material biológico del investigado o encausado para poder proceder a su cotejo³⁴¹. Esta diferenciación cobra sentido en las distintas fases de la prueba de ADN al "formar parte del cuerpo del delito (arts. 334 y ss. LECRIM), por lo que además deben guardarse hasta su almacenamiento o destrucción por orden judicial porque son piezas de convicción que puede ser necesario mostrar en el juicio oral"³⁴².

Se ha admitido el valor como prueba preconstituida a los análisis de ADN, al tratarse de informes periciales elaborados por funcionarios de organismos oficiales, lo que implica una garantía de imparcialidad, objetividad e independencia, salvo que hayan sido impugnados expresamente en el momento procesal oportuno o se haya solicitado la presencia del perito en el

³³⁷ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, JF.; *"Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal"* Ed. Trivium. Madrid. 1999. Pág. 44

³³⁸ Entendemos que la referencia que Etxeberría Guridi hace a la dignidad y el pudor ha de referirse a la toma de muestras de sujeto investigado o encausado, lo que responde a la primera fase de la prueba puesto que en el resto en nada tienen que verse comprometidos dichos derechos. Vid ETXEBERRÍA GURIDI, JF.; cit. Pág. 90

³³⁹ Vid GONZÁLEZ COLOMER, JL.; *"La prueba de ADN en el proceso penal"*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Tol. 4.457.058

³⁴⁰ Vid GIMENO SENDRA, V.; *"Revista Catalana de Seguridad Pública"* Mayo 2010. Pág. 37

³⁴¹ Vid SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *"Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50.º Aniversario"*, Tecnos, Madrid, 1991. Bernd Schünemann (compilador), Págs. 94 y ss.

³⁴² Vid GÓMEZ COLOMER JL.; Cit. La prueba de ADN en el proceso penal.

juicio oral, con el fin de someter su informe a la debida contradicción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 10 de febrero de 2011, resume los distintos supuestos en orden a la pericial y su posible eficacia e impugnación:

a) **Periciales documentadas con privilegio legal:** En el caso del procedimiento abreviado, ostentan valor probatorio absoluto los informes, aportados como documentos, emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza y cantidad pureza de las sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas amparadas internacionalmente (art. 788.2 LECrim.). la mera impugnación formal no impide su valoración, previa su introducción como prueba documental, sin necesidad de ratificación (Resolución del Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005).

b) **Pericias preconstituidas,** según denominación del tribunal Constitucional que remite al art. 726 para su valoración (ATC 26.9.2005 con cita Autos del Tribunal Constitucional 164/95 de 5 de junio y 344/90 de uno de octubre y SSTC 24/91 Sala Segunda de 11 Feb. 1991, Rec. 1332/1988 y 143/2005 Sentencia 143/2005 de 6 Jun. 2005, Rec. 6291/2001), y que comprende pautas de asistencia, informes forenses , tasaciones practicadas por perito judicial, actas policiales, entendiendo por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles (STC 303/93, recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia) No precisan ratificación si no son impugnados materialmente, no bastando la mera impugnación formal.

c) **Periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado.** El punto 2º del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala Segunda de 21 de mayo de 99, afirmó la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el acto del juicio oral y lo hiciera en el momento procesal oportuno.

En el caso de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del estado, dada su condición de funcionarios, basados en conocimientos especializados, que no precisan de ratificación para ser valorados, salvo en caso de impugnación tempestiva y con contenido material (Sentencias del Tribunal Supremo 69/2005 de 21 de enero, en relación con informes lofoscópicos y 1813/2000 de 27 de noviembre, en cuanto a los informes de Gabinete de Balística). Como justificación de dicho carácter probatorio, tales resoluciones acuden a la condición de funcionarios públicos de quienes los elaboran, la consiguiente presunción de imparcialidad, su especialización técnica, y adscripción a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la denominada "prueba preconstituida" (SSTS de 1 de diciembre de 1995; 6 de junio de 1996; 10 de junio de 1999; 28 de junio de 2000; 16 de abril de 2001; 31 de enero de 2008; 1 de junio de 2009 entre otras).

d) Aquellas pericias, documentadas o no, que **no gocen de la consideración de prueba preconstituida**, porque no se den los presupuestos de irrepetibilidad del hecho, por su fugacidad y posibilidad de sometimiento a contradicción, además de ser intervenidos por el Juez de Instrucción y practicadas de la misma forma que si se hicieran en el juicio oral, serán siempre sometidas a la necesidad de ratificación en el mismo.

En cuanto a las exigencias del contenido de la impugnación, hay que distinguir:

Periciales del art. 788.2 LECrim. No basta “la mera impugnación por la Defensa: “La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECrim. Las previsiones del art. 788.2 de la LECrim. son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo” (Resolución del Pleno de 25 de mayo de 2005).

Ello no obstante, para poder otorgar validez a la impugnación por la defensa, habrán de solicitarse otros informes de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitar la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, con el objeto de someter el citado informe a la oportuna contradicción.

En todo caso, deberá especificarse el órgano o laboratorio que interese practique la nueva pericia, pues en caso de solicitar simplemente “otra analítica por otro órgano” se entenderá que no hay verdadera impugnación³⁴³.

La competencia para realizar, con carácter oficial análisis de drogas, de acuerdo con los Tratados Internacionales, otorgada a muy escasos Organismos Oficiales (Instituto Nacional de Toxicología) no impide a la parte solicitar otra analítica, designando el laboratorio correspondiente y asumiendo los gastos que la nueva analítica conlleve³⁴⁴.

Debe precisarse el extremo impugnado y la razón de la impugnación (STS 29.6.2009), si se refiere a la competencia profesional del perito, a la necesidad de aclaraciones sobre la naturaleza de la droga, su peso o pureza, a la cadena de custodia, al método empleado, etc. Y los motivos específicos por los que cuestionan tales extremos.

Así en STS 3.2.2009 hemos dicho que la previsión legal del art. 788.2 LECrim. tiene su explicación en las particularidades de esta clase de prueba generalmente consistente en la aplicación de procedimiento químicos o protocolos estandarizados, lo que unido a las garantías que ofrecen los organismos oficiales que los realiza, aporta las necesarias dosis de seguridad acerca de los resultados. Y añade que no impide que la defensa pueda proponer la práctica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensa de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia o necesidad. Tampoco impide que la defensa censure, a través de sus argumentaciones y planteamientos, determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles. Vemos que lo que queda patente en nuestro ordenamiento jurídico, es el sagrado derecho de defensa y la consiguiente posibilidad de contradicción de la prueba.

En consecuencia, mientras que en el ámbito de la pericial, la impugnación de la prueba excluye la tácita aceptación de su resultado haciendo necesaria la comparecencia del perito como presupuesto condicionante de su misma validez probatoria, en el de la documental, la validez y eficacia de la prueba directamente resulta de su propia naturaleza, lo

³⁴³ STS de 17 de febrero de 2009

³⁴⁴ SSTs 15.1.2002, 21.7.2004 y 22.3.2006.

que no obsta la posibilidad de contraprobar como se estime oportuno mediante proposiciones probatorias, valga la redundancia, dirigidas a demostrar su falta de validez o a evidenciar su falta de credibilidad referidas al momento de la valoración de las pruebas contradictorias³⁴⁵.

c) La toma de muestras para la prueba de ADN como diligencias policiales de prevención.

Como excepción a la regla de que la prueba haya de practicarse en el Juicio Oral, nuestro ordenamiento jurídico establece la eficacia probatoria de diligencias instructoras consideradas como prueba preconstituidas, siempre que se hayan realizado con las debidas garantías y puedan ser sometidas a contradicción³⁴⁶. Dentro de esta excepción, se encuentran las inspecciones e intervenciones corporales, en tanto que prueba preconstituida, y dentro de éstas sin duda el ADN, que por su utilización práctica alcanza una posición predominante.

Diligencias realizadas incluso en una fase preprocesal y, posteriormente, bajo la tutela del Juez Instructor, cuyo carácter ha sido discutido por la doctrina, pero que a mi juicio -y siguiendo a GIMENO SENDRA-, habrán de encuadrarse en *actos instrumentales aseguratorios de prueba*³⁴⁷.

Actos aseguratorios de prueba deben cumplir, según nuestro TC, una serie de requisitos: "Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que, como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación (SSTC 31/1981, 201/1989, 161/1990 y 283/1994, entre otras muchas). Ahora bien, dicha regla general es susceptible de sufrir determinadas restricciones en los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de los siguientes requisitos:

a) Material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral³⁴⁸;

b) Subjetivo: que sean intervenidos por la única Autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de Instrucción³⁴⁹, todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial a efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito³⁵⁰;

c) Objetivo: cuál es la necesidad de que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea posible, se le ha de permitir a la defensa la

³⁴⁵ STS 866/2009 de 27.9

³⁴⁶ STS 1131/1999 de 9 de julio: "Al amparo de lo determinado en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional.- Se ha conculcado el derecho de defensa y los principios de contradicción, oralidad, inmediación e igualdad de las partes, al haber tenido como prueba plena y válida aquella que no fue practicada ni incorporada en forma al acto del juicio oral como fue la no incorporación de la ratificación del atestado".

³⁴⁷ Vid GIMENO SENDRA, V.; *"Manual de Derecho Procesal Penal"*. Madrid. Ed. Colex 2014

³⁴⁸ SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995

³⁴⁹ STC 303/1993

³⁵⁰ SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras

posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible³⁵¹ y

d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *cross examination* (diferenciándose así de los correlativos actos investigatorios en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la “lectura de documentos”, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral³⁵²” (f.j.2)

No debemos olvidar que la prueba como regla general requiere la intervención inderogable de una Autoridad Judicial, como indica GIMENO SENDRA³⁵³, refiriéndose a la prueba susceptible de ser realizada por la Policía Judicial: “la competencia originaria para disponer de tales medios corresponde al Juez de Instrucción. Pero la Policía Judicial y los Jueces objetiva y territorialmente incompetentes, pueden también, “a prevención” efectuar su práctica”. Para ello y sólo por **razones de urgencia** podrá la Policía Judicial, quien deberá acreditar que dichas razones impidan que dicha prueba sea practicada por el Juez de Instrucción (STC 303/1993, STS 19 de abril de 2005), para así proceder al inicio de la misma, dando cuenta inmediatamente a la Autoridad Judicial y, siempre que cesen dichas razones de urgencia, habrá de ser el Juez de Instrucción el encargado de acordar lo que sobre la misma proceda, ordenando al amparo de lo dispuesto en el art. 326 LECrim, que bien la Policía Judicial, bien el Médico Forense, adopten las “*medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad*”.

Nuestro Tribunal Supremo ya se pronunció en su Auto 1178/1997 de 4 de junio (Ponente Sr. De Vega Ruiz), del siguiente tenor:

“Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado³⁵⁴ pueden actuar a requerimiento de la Autoridad Judicial, del Ministerio Fiscal, de sus superiores policiales o por propia iniciativa³⁵⁵. Igualmente el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que un acta policial pudiese tener el valor de prueba preconstituida, “siempre que haya intervenido en ellos por estrictas razones de urgencia y necesidad, pues, no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad Judicial”.³⁵⁶ Como se

³⁵¹ STC 303/1993

³⁵² SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990 y 140/199, entre otras muchas

³⁵³ Vid GIMENO SENDRA, V.: Código Procesal Penal para la Policía Judicial: La prueba preconstituida de la policía judicial. Cit. Pág. 211

³⁵⁴ Cuya regulación específica para estos casos se halla en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1 .g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).

³⁵⁵ Vid MARCHAL ESCALONA, N.; “Manual del Policía”. 6ª Ed. Editorial La Ley. Mayo 2011. Pag. 653. La materia o el objeto sobre los que se pide informe de los peritos durante la investigación pueden ser enormemente variados con el fin de determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos delictivos y permitir al Juez ordenar la práctica de otras diligencias. Lógicamente los informes más importante de esta fase del procedimiento son los relativos al cuerpo del delito y las piezas de convicción, especialmente los de análisis químicos (...)

³⁵⁶ Sentencia 45/2007 del Tribunal Supremo de 29 de enero, ponente Diego Antonio Ramos

dice en la citada Sentencia del Tribunal supremo 2184/2001, de 23 de noviembre, es preciso distinguir entre “pruebas en sentido propio, que son las que se practican en el juicio oral(...) y las diligencias de investigación que ordinariamente se realizan en la fase de preparación del juicio y permiten recoger los elementos o vestigios objetivos sobre los que luego se practicarán las pruebas”.

De igual forma, en STS 2184/2001, de 23 de noviembre, señaló que:

Es “preciso distinguir entre pruebas en sentido propio, que son las que se practican en el juicio oral, (...), y las diligencias de investigación³⁵⁷ que ordinariamente se realizan en la fase de preparación del juicio y permiten recoger los elementos o vestigios objetivos sobre los que luego se practicarán las pruebas. En principio, las diligencias policiales no constituyen pruebas preconstituidas. Por ello las mismas deben ser reproducidas en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes en ellas hayan intervenido, estando sus manifestaciones en dicho acto sometidas a contradicción y siendo captadas por el Tribunal de forma inmediata.”

Todo lo anterior tiene una gran relevancia en la prueba de ADN, puesto que, en su primera fase de recogida de muestras, incardinada sin duda en la fase procesal de instrucción, la policía judicial habrá de actuar cuando reciba la *notitia criminis*, compareciendo por motivos de urgencia antes de que lo haga la Autoridad Judicial, procediendo en virtud de lo dispuesto en los arts. 334 y 336 de la LECrim, a la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y que se encontrasen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones o en poder del reo. De lo anterior la policía judicial levantará la oportuna acta que incorporará al atestado.

Distinguiremos en este caso dos supuestos: prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial, y sin orden del juez instructor y sin existir riesgo ni urgencia

•La *prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial*, tiene su razón de ser en que la actuación de la policía judicial no ha de ser sólo a prevención, sino también puede ser a requerimiento de la Autoridad Judicial a tenor de lo dispuesto en el artículo 778.3 LECrim³⁵⁸. Los vestigios que recogerá en estos supuestos la Policía Judicial serán de tipo biológico, que hayan quedado en un lugar dónde se haya cometido un delito (o relacionado con

Gancedo.

³⁵⁷ Dicha tesis es seguida por ALMAGRO NOSETE, J., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; “*Derecho procesal. Tomo II. Proceso penal*”. Cit. Págs. 319-320. Los informes periciales que se practican durante la fase de instrucción presentan algunas diferencias de los realizados en el juicio oral desde el punto de vista procesal. Así, en el plenario el informe pericial es un medio de prueba, en tanto que en la fase de sumario es un acto de investigación, un acto de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o técnicos del Juez Instructor, que puede ordenar de oficio su práctica o a instancia de las partes personadas en el procedimiento.

³⁵⁸ Vid RODRÍGUEZ RAMOS, L.; “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Ed. Colex. 5ª Ed. Madrid. 1993 pág. 295. Tanto si el peritaje en la fase sumarial se practicara de oficio como a instancia de parte, su valor no supera en el un mero acto de investigación, careciendo de virtualidad probatoria definitiva si no se reproduce en el acto de juicio oral, a no ser que sea de difícil o imposible reproducción, en cuyo caso se hará referencia al informe practicado con anterioridad, sin perjuicio de citar a los peritos para su ratificación.

éste), y que por razones de urgencia pudiera verse comprometida su recogida y conservación en condiciones óptimas. Parece claro que la toma de muestras, mediante intervención corporal, con las que practicar un cotejo de ADN a un investigado, responde más a una diligencia judicial, siendo preciso contar con la autorización del citado Juez para su realización. De lo contrario la prueba obtenida podría considerarse inválida y el resultado no podría tenerse en cuenta en el juicio oral.

• *Prueba efectuada por la Policía Judicial sin orden del juez instructor y sin existir riesgo ni urgencia*, el Tribunal Supremo establece que nos hallaríamos ante una “infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia”³⁵⁹ pero careciendo entonces del carácter de prueba³⁶⁰; ahora bien, “la falta de garantía en la cadena de custodia podría llegar hasta la descalificación total de la pericia”³⁶¹.

Vemos pues, que para que los actos de investigación posean naturaleza probatoria se hace preciso que la Policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, con la única excepción, en el caso de la prueba de ADN, de la muestra abandonada. Una vez desaparecida dicha urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción quien, constituyendo prueba sumarial preconstituida, dote a la diligencia de investigación de los caracteres de acto probatorio³⁶².

Un caso singular lo constituye la recogida por la Policía Judicial de vestigios abandonados. La decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 estableció: “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”³⁶³.

Conforme a tal doctrina, el Tribunal Supremo destaca que la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN³⁶⁴ (conforme al art. 326 LECrim, en relación con el art. 282), podrá

³⁵⁹ Sentencia 777/2013 del Tribunal Supremo de 7 de octubre, ponente Antonio del Moral García. Sentencia Tribunal Supremo 949/2006 de 4 de octubre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

³⁶⁰ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 303/1993 de 25 Oct. 1993. Ponente: Gimeno Sendra, V. Supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada. Aptitud para fundamentar una sentencia de condena. “De este modo, y a fin de potenciar los principios de contradicción, oralidad e intermediación como garantías inherentes al derecho al proceso justo o «debido», tiene el T.E.D.H. declarado, como principio general procesal penal, que los medios de **prueba** deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio (Sentencia del T.E.D.H., Barberá, Messegué y Jabardo c. España, 6 Dic. 1988, A núm. 146, p. 78)”. Para el TC en la citada Sentencia, los atestados de la policía judicial poseen valor de denuncia. También incluye la determinación de la función aseguradora del cuerpo del delito, el hecho de que los actos de investigación poseen naturaleza de prueba y la obligación de los funcionarios de policía que intervienen en la aprehensión de droga de concurrir a prestar declaración en el juicio oral. Advierte también la citada sentencia de la vulneración del derecho cuando se produce la celebración de vista con testigo indirecto..

³⁶¹ Sentencia Tribunal Supremo Sala 501/2005 de 19 de abril de 2005.

³⁶² Desaparecidas las razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción priva de valor probatorio al resultado de esta actuación policial. Sentencia 501/2005 Tribunal Supremo de 19 de abril. Ponente Joaquín Delgado García.

³⁶³ Dicho acuerdo ha sido recogido en las SSTS 179/2006 de 14.2, 20.3.2006 y 701/2006 de 27.6.

³⁶⁴ Sentencia Tribunal Supremo 949/2006 de 4 de octubre, ponente Juan Ramón Berdugo

realizarla tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente: el juez de instrucción en los casos normales, en supuestos de peligro de desaparición de la *prueba* también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

d) Practicada por el Juez de Instrucción

Obviamente, como diligencias de investigación de la fase de instrucción, Este medio de prueba también puede ser adoptado por el Juez de Instrucción, motu proprio, a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Así lo disciplina el art 363 LECrim. Resolución judicial que exigirá forma de auto motivado, que responda a los criterios de proporcionalidad (si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto), necesidad (no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia) e idoneidad (si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto)³⁶⁵.

Además, una vez compelida su práctica “si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”, a tenor de lo dispuesto en el art. 520 LECrim.

e) Informes remitidos por centros no oficiales

En relación con los informes emitidos por organismos no oficiales, la doctrina del TS al respecto se puede condensar en:

“Basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento pierda su eficacia probatoria y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal (a I), por lo que “no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado” y que “el acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con la aceptación tácita para que la

Gómez de la Torre

³⁶⁵ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “*Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 98 a 167. Y en el ámbito del proceso penal también hemos subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi* (STC 37/1989 , fundamento jurídico 8.). En igual sentido SSTC 66/1995 y 55/1996, entre otras

regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia". (SSTS. 1148/2003 de 5.11, 1520/2003 de 17.11, 1511/2000 de 7.3).

La diferencia esencial respecto de otras pericias radica en que la emitida por los centros oficiales no precisa, en caso de ausencia absoluta de impugnación, ratificación (entre otras muchas SSTS. 23.10.2003, 5.11.2003, 16.1 2004, 22.5.2009)".

A modo de resumen: la prueba de ADN tiene el carácter de prueba preconstituida y será suficiente como prueba de cargo, sin necesidad de ratificación en el juicio oral en el caso de que no haya impugnación o contradicción (dado que cumple con los requisitos para convertirse en prueba preconstituida: irrepitibilidad del hecho y posibilidad de someterse a contradicción, intervenida por el Juez de Instrucción y practicada de la misma forma que se haría en el juicio oral). En caso de que exista impugnación por parte de la defensa, cumpliendo ésta los requisitos establecidos en nuestra jurisprudencia, estaremos ante un acto de los considerados investigatorios y habrá de reproducirse en el acto del juicio oral, sometiendo la prueba al principio de contradicción.

4.3.- Consideración de prueba pericial

Parece claro que al amparo de lo dispuesto en el art. 456 de la LECrim debemos de decantarnos por otorgar la naturaleza de pericial a la prueba de ADN. Dicha consideración, igualmente, es la otorgada por el Tribunal Supremo de cuya doctrina suficientemente consolidada, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo 1419/95, en la que se pronuncia con rotundidad sobre el meritado carácter de consideración como pericial del informe del Instituto Nacional de Toxicología sobre una prueba de ADN³⁶⁶.

De la misma forma la doctrina se decanta por el carácter de prueba pericial, así GÓMEZ COLOMER advierte que³⁶⁷: "Hay acuerdo en considerar prueba científica aquélla que requiere de conocimientos profesionales científicos especializados que el juez no tiene. Hay acuerdo en considerar que la prueba es científica cuando el resultado probatorio producido es consecuencia de la aplicación y desarrollo de conceptos de carácter científico. Hay acuerdo en considerar que todos los informes emitidos por laboratorios científicos para ser usados en un proceso penal tienen naturaleza de prueba científica." De todo ello deducimos, sin lugar a dudas, que la prueba de ADN se configura como una prueba pericial³⁶⁸.

³⁶⁶ Además hay que hacer constar que tanto el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997, como la Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (aprobada por unanimidad y aclamación por la 29ª sesión de la Conferencia General de la Unesco, el 11 de noviembre de 1997), se ocupan de la citada prueba y, dado que el material genético que utilizan contiene información que pudiera encontrarse vetada al estudio al afectar a derechos fundamentales, siendo posible, además, que pudiera dar lugar a manipulación del material genético, recomienda la implementación de una serie de mecanismos de control y aseguramiento.

³⁶⁷ Vid GÓMEZ COLOMER, J.L.; "La prueba de ADN en el proceso penal". TOL 4.547.058

³⁶⁸ Vid MARCHENA GOMEZ, M.: " De Peritos, Cuasiperitos y Pseudoperitos ", PJ, 1995, núm. 39, págs. . 233-234. Siguiendo lo dispuesto en el art. 610 LEC considera que se trata de

4.4.- Consideración de prueba indiciaria: diligencias de investigación.

Por el momento procesal en el que se desarrollan -al margen de la calificación como pericial-, hemos de anotar que se erigen en verdaderas diligencias de investigación dirigidas a la búsqueda de la verdad de unos hechos delictivos y, a la determinación de la participación de un determinado sujeto en los mismos. Así lo ha entendido la doctrina: “La toma de muestras de ADN sólo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación”³⁶⁹.

En el desarrollo de la fase primera de esta modalidad de pericia -toma de muestras-, la Policía Judicial cuenta con la facultad de su práctica siempre que exista autorización del afectado por la misma o, bien, sobre una muestra abandonada. Conforme a la doctrina emanada del Tribunal Supremo³⁷⁰: “la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 LECrim, en relación con el art. 282, la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente: el juez de instrucción en los casos normales, en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282”. Nuestro Tribunal Supremo ya se pronunció también en su Auto 1178/1997 de 4 de junio (ponente Sr. De Vega Ruiz): “Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden actuar a requerimiento de la Autoridad Judicial, del Ministerio Fiscal, de sus superiores policiales o por propia iniciativa”³⁷¹. Igualmente el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que un acta policial, como diligencia de investigación, pudiese tener el valor de prueba preconstituida³⁷²:

suplir la ausencia “ en el juez y las partes de la formación científica , técnica o artística que puede llegar a resultar indispensable para aprehender el hecho justiciable “En igual sentido vid ROMEO CASABONA/ROMEO MALANDA; “*Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*”. Revista Aranzadi de derecho y Proceso Penal. Ed Aranzadi. Navarra 2010 “Es evidente que la validez de la prueba dependerá de su correcta realización técnico-científica” (...) Lo cierto es que por su propia naturaleza, las pruebas periciales de ADN (...) y “En resumen, la introducción en el proceso de los análisis de ADN, como medio de prueba se sustancia en tanto que prueba pericial...”. Págs. 36 y 37.

³⁶⁹ Vid MARTINEZ PARDO, V.J.: “La prueba del ADN en el proceso penal”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2012. Documento TOL2.664.594. En el mismo sentido vid, ROIG TORRES, M.: “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2015. Epígrafe 18: Cambios en la regulación de los antecedentes penales (arts. 22, 80, 89, 90, 94 bis y 136). Coordinadores: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., GÓRRIZ ROYO, E.

³⁷⁰ Sentencia Tribunal Supremo 949/2006 de 4 de octubre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

³⁷¹ Cuya regulación específica para estos casos se halla en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1 .g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).

³⁷² En relación a los peritajes policiales la STS de 22 de abril de 1986 señala “por una parte a las diligencias policiales se les niega toda eficacia probatoria, afirmando que, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, los atestados instruidos por miembros de la policía judicial, sólo tienen una función preventiva y el valor de denuncia, pero olvida que los preceptos antedichos han quedado obsoletos desde 1882 en que fueron promulgados, y que esta apreciación peyorativa

”siempre que haya intervenido en ellos por estrictas razones de urgencia y necesidad, pues, no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad Judicial”³⁷³.

Para que los actos de investigación posean naturaleza probatoria se hace preciso que la Policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, como hemos advertido con anterioridad, con la única excepción, en el caso de la prueba de ADN, de la muestra abandonada. Una vez que dicha urgencia se haya diluido, ha de ser el Juez de Instrucción quien, constituyendo prueba sumarial anticipada, que goce de todos sus requisitos, dote a la diligencia de investigación de los caracteres de acto probatorio. Desaparecidas las razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción priva de valor probatorio al resultado de esta actuación policial³⁷⁴.

se halla muy distante de la actual Policía Científica..., y todavía es mas sorprenderte negar todo valor y crédito a los informes de los Gabinetes de Criminología, de Identificación, de Balística o de Análisis, pues de ser así, y ante su inutilidad probatoria, debía procederse a su radical supresión sin gravar inútilmente el presupuesto estatal que les sustenta”.

³⁷³ Sentencia 45/2007 del Tribunal Supremo de 29 de enero, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo

³⁷⁴ Sentencia 501/2005 Tribunal Supremo de 19 de abril. Ponente Joaquín Delgado García

CAPÍTULO III.- MEDIDAS DE INTERVENCIÓN CORPORAL Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.- INVESTIGACIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS

Las intervenciones corporales (IC en adelante), en tanto que diligencias sumariales de investigación que implican una intervención sobre un cuerpo humano vivo, suponen en todo caso una afectación de distinta intensidad – según el tipo de IC que se practique-, de los derechos fundamentales de la persona sobre la que recaen³⁷⁵.

Por derechos fundamentales³⁷⁶ deben entenderse aquellos que ordinariamente se denominan derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, los reconocidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución, además del derecho a la objeción de conciencia del 30.2, (del título primero: de los derechos y deberes fundamentales, capítulo II derechos y libertades, sección 1 de los derechos fundamentales y libertades públicas) que tienen como denominador común el gozar de la protección jurisdiccional de los Tribunales ordinarios, y de la del Tribunal Constitucional a través del proceso de amparo constitucional³⁷⁷.

³⁷⁵ Esta es la nota característica de las intervenciones corporales ya que los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos públicos reconocidos por la Constitución, se erigen en componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del sistema democrático. GÓMEZ AMIGO, L.; *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*. Cit. Pág. 39.

³⁷⁶ Vid PÉREZ MARÍN, MARÍA ÁNGELES; *“Inspecciones, registros e intervenciones corporales”* Cit. Pág. 65. “Se dicen fundamentales aquellos derechos previstos en normas materialmente constitucionales, son normas formalmente constitucionales todas aquellas normas que se incluyen en un documentos constitucional, son materialmente constitucionales, las normas que aunque no están recogidas en un documentos constitucional, su contenido es típicamente constitucional, de modo que deberían haber sido incluidas en una constitución”

³⁷⁷ Sobre el concepto de derechos fundamentales en la Constitución española vid GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A. y MORENILLA ALLARD, P: *“Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional”*. Ed. Colex. Madrid. 2007; F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. A. PRESNO LINERA, B. ALÁEZ CORRAL, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *“Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”*, Madrid: Tecnos, 2004; L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *“Sistema de derechos fundamentales”*, Madrid: Thomson/Civitas, 2003 (en especial la parte general, presentada bajo el epígrafe “Derechos fundamentales: concepto y régimen jurídico”); M. A. APARICIO, *“Sobre los derechos fundamentales”, Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Barcelona: Cedecs, 2001; J. ASENSI SABATER, *“Constitucionalismo y Derecho constitucional – materiales para una introducción”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; J. JIMÉNEZ CAMPO, *“Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales”*, en O. ALZAGA (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Cortes Generales-Edersa, 1996; LOPEZ PINA (ed.), *“La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia”*, Madrid: Civitas, 1991; A. E. PÉREZ LUÑO, *“Los derechos fundamentales”*, Madrid: Tecnos, 1984; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*: Madrid: Debate, 1990.

Se trata siempre de derechos fundamentales porque ostentan una posición reforzada por el recurso de amparo, como advirtió RUBIO LLORENTE³⁷⁸, los derechos fundamentales enunciados en el texto constitucional son el fundamento de legitimidad del Derecho positivo y la clave de bóveda de su unidad, siendo así considerados también porque no precisan de una justificación jurídica positiva³⁷⁹. Pero que su naturaleza lo sea de “fundamentales”, no equivale a que sean “absolutos” y, en consecuencia ilimitados, no resultando tarea fácil el deslindar su alcance y contenido³⁸⁰.

Lo que sí es doctrina pacífica es que un derecho que no cuente con las necesarias garantías que lo preserven no es un verdadero derecho³⁸¹; pudiendo afirmarse que “los derechos no valen sino lo que valen sus garantías”³⁸². La aparente sencillez de esta idea no presupone, sin embargo, un simple deslinde de cada parte de este todo; es decir, lo que es derecho subjetivo y lo que le asiste como garantía de mismo.

Además lo que también parece entendible es que el nexo que une el contenido esencial de un derecho fundamental y las garantías que lo integran es normativo (art.53 CE), dado que constituye un deber del legislador definir activamente cómo entiende garantizados esos derechos de forma constitucionalmente respetuosa. La inexistencia de estas garantías da lugar a lo que se denominan las “lagunas”, de modo que, ausencia de garantías

³⁷⁸ Vid TAJADURA TEJADA, J.: *“Los derechos fundamentales y sus garantías”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015. Cita en pág. 5

³⁷⁹ Vid TAJADURA TEJADA, J.: *“Los derechos fundamentales y sus garantías”* Cit. . Pág. 18. El examen de las Declaraciones de Derechos incluidas en las constituciones de la segunda postguerra mundial, —a las que hay que añadir el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y más recientemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea—, nos muestra que, a pesar del relativismo inherente a su propia historicidad, en el siglo XXI, el concepto de derechos humanos ha alcanzado un cierto grado de objetividad, siendo estable en su núcleo. No cabe sostener que su existencia dependa del poder político. Antes al contrario, su propia fundamentación histórica les confiere una autonomía frente al poder. En los Estados Constitucionales estos derechos humanos son derechos fundamentales. En otros, los derechos humanos sirven para denunciar las carencias de un ordenamiento jurídico, y en definitiva, su injusticia. Por ello, los derechos humanos pertenecen hoy al acervo cultural de la humanidad y su existencia es autónoma de cualquier voluntad política.

En igual sentido vid MORENO CATENA, V.: *“Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales”* Garantías para ordenar medidas que afecten a derechos fundamentales. Vemos con el autor, al igual que la anterior cita, como dicha concepción tiene vocación internacional, reconociendo la existencia de derechos fundamentales la legislación supranacional. Con carácter general la PRFE no regula las distintas medidas de investigación, dejando a las disposiciones nacionales libertad para fijar el régimen en que esas diligencias han de ejecutarse —salvo la preceptiva autorización de un juez en el caso de las diez primeras medidas del apartado 1 y del arresto o la prisión preventiva—, aun cuando establece un mandato al FE en orden a acordarlas directamente — cuando la *lex loci* se lo permita— o a solicitarlas.

³⁸⁰ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *“Actos de investigación e ilicitud de la prueba”*. Cit. Pág. 31

³⁸¹ Vid FERRAJOLI, L.: *“Derechos y garantías”*. La ley del más débil, óp. cit., p.37 y ss.

³⁸² Vid H. L. Hart. *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 176; Tomado de Jorge Antonio López Hilario. De la inconstitucionalidad del artículo 72 de la Ley 834. Gaceta Judicial. Año 10, No. 244, marzo 2007, Santo Domingo. p. 71.

equivaldrá a la inobservancia del derecho³⁸³. Dicha previsión ha venido recogiendo normativamente en la declaración Universal de Derechos Humanos y el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en los artículos 12 y 17 respectivamente, en el que condenan las intromisiones arbitrarias en la intimidad o en la privacidad y, el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde se recogen los requisitos que deben cumplirse para legitimar dicha injerencia: previsión legislativa y que se trate de una medida absolutamente imprescindible para la defensa del orden público, la prevención del delito y la defensa de los derechos y libertades de los demás. Pero ha sido también el Consejo de Europa en el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la biomedicina, (Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del Ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Oviedo 4 de abril de 1997) el que ha mantenido la inviolabilidad de los derechos fundamentales, salvo en los casos, y en las condiciones, previstos por la ley: “El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la salvaguardia pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o para la protección de los derechos y libertad de las demás personas”³⁸⁴.

Con esta previsión constitucional de limitación de los derechos fundamentales se sustenta la función del proceso penal, proceso cuyo objeto, en aras a cumplir los poderes públicos el deber de reprimir las conductas punibles, sólo se hace posible mediante la práctica de diligencias, bien policiales de investigación previas al control judicial, bien ya en el seno del proceso, bajo el marco insoslayable de la dignidad de la persona, que por su propia naturaleza invaden los derechos fundamentales del imputado.

JARIA I MANZANO advierte que antes de que se concrete la respuesta penal del Estado como sanción vinculada a la infracción de una prohibición que responde a la protección de un bien jurídico, antes incluso de que se desarrolle el proceso penal, que constituye el canal procesal que garantiza que tal respuesta se produce con el respeto apropiado a los límites constitucionales del *ius puniendi* y a los derechos constitucionales de las personas, se desarrolla la investigación tendente al esclarecimiento de los hechos penales y

³⁸³ Vid FERRAJOLI, L.; “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”. Ed. Trotta, 2007, así como en “*Derechos y garantías: la ley del más débil*”. Ed. Trotta, 2004. Págs. 38 y ss.

³⁸⁴ Como bien ha dejado sentado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1981 de 13 de febrero: “ningún derecho ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados, por lo que deben establecer ciertos límites en aras a la investigación penal. Sin embargo lo que realmente caracteriza a estos derechos fundamentales es que su núcleo, su esencialidad, debe mantenerse y protegerse siempre ante cualquier medida que pudiese implicar una intromisión o vulneración excesiva desde el exterior. Así, continua el TC, podemos distinguir dos tipos de limitaciones: 1) Límites inmediatos, esto es, aquellos que se derivan directamente de la Constitución porque vienen expresamente previstos en la misma. Recuérdense así las restricciones establecidas en los arts. 16.1- libertad ideológica, religiosa y de culto-, 20.4 libertad de expresión- y 21.1.- derecho de reunión. 2) Límites mediatos o no previstos expresamente en la Constitución, pero derivados de dicha norma al establecer, genéricamente, la obligación de proteger determinados derechos y libertades fundamentales”

a la fijación del material probatorio que conlleva la condena penal. En el curso de tal investigación, proceden, en ocasiones, medidas que, sin ser sanciones penales, comportan limitaciones, en ocasiones ciertamente gravosas, de los derechos fundamentales. Por ello, antes de pasar a examinar la articulación de la voluntad del Estado en el marco del proceso penal, de acuerdo con los límites garantistas que veremos, en los efectos sobre los derechos fundamentales de las diligencias practicadas en el seno de la investigación policial que pueda desarrollarse sobre la comisión de determinados hechos delictivos, ya que, en el curso de tal investigación, el individuo sospechoso se halla ya en una situación de “disponibilidad” a la que el sistema constitucional intenta responder con la construcción de un sistema de garantías que, de hecho, enlaza con el Estado de Derecho en su formulación más primitiva³⁸⁵.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha sentado una copiosa, constante y pacífica jurisprudencia al admitir que los derechos fundamentales no son ilimitados, y que sus límites son tanto los que la propia Constitución establece expresamente en algunos casos (los supuestos mencionados en el artículo 18.2 y 18.3), como los que de manera indirecta se derivan de la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos³⁸⁶.

Así, en la STC 207/1996 de 16 Dic. 1996 (ponente GIMENO SENDRA), advierte que “ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones --art. 18.2 y 3 C.E.), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniendi* (STC 37/1989), fundamentos jurídicos 7. y 8.)”.

La STC 37/1989 de 15 febrero dice al respecto: “La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad. Esta afirmación de principio requiere, claro está, algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un

³⁸⁵ Vid TORRES ROSELL, N., GONZÁLEZ BONDÍA, A., QUINTERO OLIVARES, G., FRANQUET SUGRANYES, M.T., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., OLIVERAS JANÉ, N., FALLADA GARCÍA-VALLE, R., PIGRAU SOLÉ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., JARIA I MANZANO, J.: “*Derecho Penal Constitucional*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015. Pág. 181

³⁸⁶ Vid DE OTTO PARDO; “*La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la constitución*” en MARTÍN-RETORTILLO y DE OTTO PARDO. “*Derechos fundamentales y Constitución*”. Ed. Cívitas. Madrid. 1988. Págs. 107 y ss. En igual sentido GIL HERNÁNDEZ, A.; “*Intervenciones corporales y derechos fundamentales*”. Cit. Págs. 24-29 y en la “*investigación genética como medio de prueba en el proceso penal*”. Actualidad penal nº 44 (1996). Cit. Pág. 891

sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. La segunda es la de que, aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que, como observa el Ministerio Fiscal, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible solo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la CE)”.

Por su parte la STC 57/1994 de 28 Feb. 1994, en la que refiere que el “ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad, aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. En segundo lugar, aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto (STC 37/1987), fundamento jurídico 7.); por lo que se concluía en esta Sentencia, respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, que «tal afectación del ámbito de intimidad es solo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno” y “no es ocioso recordar aquí, continúa advirtiendo la sentencia, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7, y 2/1982, fundamento jurídico 5., entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5., y 13/1985, fundamento jurídico 2.), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4. a 6.; 120/1990, fundamento jurídico 8, y 137/1990, fundamento jurídico 6.). Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida como la impugnada en el presente caso, se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquél al que se le impone”.

Atendida la histórica carencia normativa, ha correspondido a la jurisprudencia la tarea de regular las intervenciones corporales, posibilitando su limitación siempre que se observe el principio de proporcionalidad en su

práctica, lo cual es posible, precisamente, porque las normas que disciplinan los derechos fundamentales no se conciben únicamente como principios, sino también como reglas, o, dicho de otra manera, porque “no constituyen sólo órdenes de prohibición, sino también mandatos de ponderación”³⁸⁷.

En el Derecho procesal español, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio comenzó a ser objeto de estudio doctrinal a finales de la década de los 80³⁸⁸. El primer trabajo monográfico sobre el tema fue la tesis doctoral de ORTEGA BENITO "El principio de proporcionalidad y su aplicación judicial" (Valladolid, 1989). Un poco más tarde GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO publicó "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal". Con anterioridad el principio de proporcionalidad no había merecido la atención de los estudiosos de nuestra disciplina, con algunas excepciones, entre las que cabe destacar a GIMENO SENDRA³⁸⁹, que incluía la proporcionalidad entre los principios del proceso penal en sus manuales, y a PEDRAZ PENALVA³⁹⁰, autor de diversos estudios sobre el tema.

Siguiendo a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, quien a su vez sigue la sistemática de la sentencia 207/96 (ponente GIMENO SENDRA), los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado, los valores que trata de salvaguardar la autoridad actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. Toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, para ser constitucionalmente admisible tiene que responder a una finalidad legítima. Su fin ha de ser el de tutelar bienes constitucionalmente protegibles y socialmente relevantes.

El campo propio de aplicación del principio de proporcionalidad es el del enjuiciamiento de la constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cuál es el fin perseguido por la injerencia, pues si dicho fin es ilegítimo o irrelevante la medida habrá de reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria. Y ello sin necesidad de examinar la idoneidad de los medios, sus posibles alternativas, ni efectuar ponderación

³⁸⁷ Vid ALEXY, R.; *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Ed. C.E.C., Madrid, 1993, pág. 277 y ss. Los límites internos son aquellos que se hallan implícitos en la noción misma del derecho fundamental. Igual que sucede con los derechos fundamentales, tampoco es absoluta o ilimitada la potestad sancionadora del Estado, que ha de ceder en su virtualidad protectora para conciliarse o armonizarse con otros bienes; siendo justamente en esta cesión donde el *ius puniendi* encuentra «la condición de legitimidad de su ejercicio, en el Estado de Derecho (STC 2/2003, de 16 de enero).

³⁸⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; *“El Principio de Proporcionalidad”*. Cit. Págs. 1991 a 215.

³⁸⁹ GIMENO SENDRA, V.; *“Derecho procesal. T. II. Proceso penal”* (Varios Autores). Cit. pp. 73 y 74.

³⁹⁰ PEDRAZ PENALVA, E.; *“Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”*, en *“Constitución, jurisdicción y proceso”*. Madrid, 1990, pp. 313 y ss.; y, *“El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana”* (con V. ORTEGA BENITO, del que fuera su director de tesis). Poder Judicial, 2ª época, núm. 17 (marzo, 1990), pp. 69 y ss.

alguna de intereses. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos. Además el principio de prohibición de exceso requiere que las injerencias cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Un primer grupo está formado por los requisitos extrínsecos al contenido de las medidas. Son los requisitos de *judicialidad*, considerada como requisito de la proporcionalidad, ya que la CE impone la decisiva intervención de un órgano judicial para la limitación de los derechos fundamentales (arts. 17.2 y 4, 18.2 y 3, 20.5 y 22.4), cuyo fundamento es que son precisamente los órganos judiciales los constitucionalmente previstos para garantizar de forma inmediata la eficacia de dichos derechos y, por ello, queda sometida en todo caso a su juicio la decisión sobre la proporcionalidad de las medidas limitativas, desde la perspectiva del caso concreto, sin que el legislador se encuentre autorizado para privar a los jueces de un margen de apreciación en esta materia, que les permita calibrar el peso de los intereses en conflicto, estableciendo normas de efectos automáticos requiriendo para ello de motivación. Como señala la STC 207/96 de 16 de diciembre, "el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la "ratio decidendi" de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996). La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de la proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)".

Además de los anteriores, el citado autor desarrolla los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, y los determina en principio de idoneidad para el que constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. Para el citado autor, un obstáculo del enjuiciamiento de la idoneidad viene dado por los problemas que lleva aparejada la realización del pronóstico sobre el éxito de la medida, el cual se debe efectuar por el órgano actuante y es realmente complicado cuando se trata de determinar la eficacia total o parcial del medio escogido. Las medidas deben ser, en primer lugar, cualitativamente idóneas para alcanzar el fin previsto, es decir, aptas por su propia naturaleza. No es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta. Es preciso además que en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución del fin. Ahora bien, una medida restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada respecto al fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la finalidad concreta que pretenda alcanzar (adecuación cualitativa y cuantitativa). Para la determinación de la adecuación del ámbito subjetivo de

aplicación de las medidas restrictivas de derechos, resulta estrictamente necesaria la individualización de los sujetos pasivos de las mismas. Ello significa, en relación con las medidas cautelares y de investigación acordadas en el proceso penal, que los órganos de persecución no pueden someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten al ejercicio de sus derechos fundamentales. Es necesario, por tanto, que concurren determinadas circunstancias que constituyan la base para la realización de un pronóstico desde el que se prevea cierta probabilidad de éxito de las injerencias (STC 37/89, de 15 de febrero).

En la adopción de las medidas cautelares, las circunstancias que permiten su individualización son las mismas que fundamentan la sospecha acerca de la participación del imputado en la comisión del hecho punible. En relación con las medidas de investigación es precisa la valoración del grado de la imputación -como en el caso de las medidas cautelares- y, por otro lado, se requiere, si es un tercero el sujeto pasivo de la medida, la valoración de las circunstancias que indiquen cierta probabilidad de éxito de la investigación, debido a la posibilidades de incorporación a la causa de material fáctico relevante para la instrucción. El pronóstico referente a tal probabilidad debe realizarse de un modo estricto, partiendo del hecho de que el tercero perjudicado por ser elegido sujeto pasivo de la medida, tenga cierta conexión con la causa, relación que se pueda haber establecido de forma voluntaria o involuntaria. La LECrim exige un cierto grado de sospecha, esto es, un juicio de imputación -si bien no en todos los casos con la misma intensidad-, para la adopción de las medidas dirigidas contra el imputado a que se refieren los arts. 486 y 488, 490 y 491, 503, 529, 546 y 550, 573, 579 y 589. También reclama la LECrim, en la regulación de los actos de investigación la existencia de circunstancias que indiquen la probabilidad de éxito de las medidas, sea o no el imputado quien deba soportarlas: art. 546, 550, 573, 574, 575 y 579... (adecuación del ámbito subjetivo de aplicación). El examen de la idoneidad de los medios no debe detenerse en la comprobación de la aptitud abstracta de la medida para la satisfacción del fin, ni puede circunscribirse a la adecuación objetiva de las injerencias, aun tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. Es preciso además preguntarse por la verdadera intención del titular del órgano actuante que adopta la medida (Juez, Fiscal o Policía). El respeto por el principio de idoneidad debe ser reclamado en el caso concreto y en la voluntad de quien decide la restricción de un derecho fundamental, lo que significa que los órganos de persecución penal no pueden perseguir una finalidad distinta de la prevista por la ley amparándose precisamente en la habilitación que esta última ofrece, pues, en tal caso, el precepto que contuviera la habilitación legal sería utilizado como "norma de cobertura" para defraudar el derecho fundamental cuya limitación está legalmente preordenada a la satisfacción de fines legítimos previstos. Recuérdese, a estos efectos, la doctrina administrativa de la "desviación de poder" y los términos del art. 18 C.E.D.H. En definitiva, toda medida dirigida a la consecución de fines no previstos por la norma habilitadora de la injerencia ha de ser considerada inconstitucional, sean cuales sean los móviles, de carácter público o privado, del sujeto actuante, siempre que la ley no autorice la restricción con la finalidad que efectivamente se trate de alcanzar. (Prohibición de la desviación de poder). Además el citado autor destaca el requisito de *necesidad*, también denominado "de intervención mínima", "de la alternativa menos gravosa" o "de subsidiariedad", es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del

fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y el de proporcionalidad en sentido estricto, El *principio de proporcionalidad en sentido estricto* es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

De esta forma, la averiguación de la verdad en el proceso penal se halla sometida a la efectividad, en el plano material, del respeto a los derechos fundamentales, pues la persona y su dignidad deben ser en todo momento el valor central que presida el ordenamiento jurídico³⁹¹. Valor central que como pone de manifiesto NOGUEIRA ALCALÁ, resultará especialmente preservado por la función garante que cumplen los límites inmanentes que se hallan incluidos en el propio seno del derecho, al “caracterizar negativamente el supuesto de hecho al que es aplicable el derecho fundamental”³⁹². Por todo lo anterior, en la práctica de las intervenciones corporales y, en especial, las encaminadas a la obtención de muestras biológicas para la prueba de ADN, se tendrá como referente obligado lo establecido en el art. 53.1 CE³⁹³: “*Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título, vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo prevenido en el artículo*

³⁹¹ Vid PERANDONES ALARCÓN, M.; “*La recíproca limitación de los derechos fundamentales y la averiguación de la verdad en el proceso penal*”. Ley Penal, Nº 117, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Noviembre-Diciembre 2015, Editorial LA LEY. LA LEY 7547/2015

³⁹² Vid NOGUEIRA ALCALÁ, H.; “*Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales*”. *Ius et Praxis*, Vol. 11, Nº 2, 2005.

³⁹³ Vid. sobre las garantías del art. 53.1 CE J. C. GAVARA DE CARA, “*Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*”, Madrid: CEC, 1994; MEDINA GUERRERO, M., “*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*”, Madrid: McGraw-Hill, 1996; I. DE OTTO Y PARDO, “*La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*”, en L. MARTIN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988.

En relación con las garantías del artículo 53.2 CE: M. CARRILLO LÓPEZ, “*La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*”, Madrid: CEC/BOE, 1995; P. CRUZ VILLALÓN, P, “*El recurso de amparo constitucional I. El Juez y el Legislador*”, VV.AA, *Los procesos constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; “*Sobre el amparo*”, REDC 41; I. DÍEZ-PICAZO, A. DE LA OLIVA, “*Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*”, McGraw Hill, Madrid, 1996; L. M. DÍEZ-PICAZO, “*Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*”, REDC 49

Sobre el artículo 53.3 CE: V. ABRAMOUVICH, CH. COURTIS, “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, Madrid: Trotta, 2002; J. L. CASCAJO CASTRO, “*La tutela constitucional de los derechos sociales*”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988; J. R. COSSÍO, “*Estado social y derechos de prestación*”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; A. LÓPEZ PINA, “*Comentario introductorio al Capítulo III del Título I*”, en O. Alzaga (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Cortes Generales-Edersa, 1996; G. PISARELLO PRADOS, “*Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*”, Madrid: Trotta, 2007

161.1.a)”. Así pues, los derechos fundamentales pueden ser el objeto excluyente de la antijuridicidad a título de “ejercicio de un derecho”, eximente que encontrará sus límites en la colisión con derechos fundamentales de terceros, y no debe olvidarse que en muchos delitos necesariamente se produce una afectación de los derechos fundamentales de víctimas³⁹⁴.

La extracción de muestras para la obtención de ADN puede afectar a derechos fundamentales de naturaleza tanto sustantiva (Intimidad, Libertad ambulatoria, Integridad física y moral, Salud y, Dignidad personal), como adjetiva (no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y, derecho a un proceso con todas las garantías).

2.- DERECHOS FUNDAMENTALES MATERIALES AFECTADOS.

2.1.- Derecho a la intimidad

El artículo 18 CE garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; derecho a la Intimidad constitucionalmente protegido, que es trasunto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 que, en su artículo 12, establece que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”. Por su parte el art. 8 del Convenio de Roma de 1950, y el art. 17 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York de 1966, garantizan la protección del derecho a la intimidad. Nuestro ordenamiento en el art. 18.1 CE aborda su contenido desde la perspectiva de las libertades públicas y crea para el individuo un espacio libre de injerencias, inmune a la acción del poder público y de la sociedad, referido exclusivamente a la persona como titular de este derecho.

La intimidad se configura como un derecho relativo y de compleja definición por su propia naturaleza: “se trata de una necesidad humana y de un derecho natural del hombre por lo que es independiente y anterior a su regulación positiva”³⁹⁵; o la “facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadidos por terceros, ya sean particulares o el propio Estado”³⁹⁶; “aquellas manifestaciones de la personalidad individual- o familiar- cuyo conocimiento y desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros-entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes públicos”³⁹⁷.

³⁹⁴ Vid TORRES ROSELL, N., GONZÁLEZ BONDÍA, A., QUINTERO OLIVARES, G., FRANQUET SUGRANYES, M.T., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., OLIVERAS JANÉ, N., FALLADA GARCÍA-VALLE, R., PIGRAU SOLÉ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., JARIA I MANZANO, J.: “*Derecho Penal Constitucional*”. Cit. Pág. 370

³⁹⁵ Vid BORJA CRESPO, RAFAELA; “*Derecho a la intimidad*”. www. Monografías.com. Captura 18 enero 1015.

³⁹⁶ Vid EDISON PUENTES; “*Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en Colombia*” Ed. Puentes. Octubre 2014

³⁹⁷ Vid ROMEO CASABONA, C.; “*Del gen al derecho*”. Ed. Bogotá 1996. Pág. 84

La Constitución establece en su artículo 18.1 que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Sin entrar a definir el concepto, nuestra Carta Magna relaciona varios ámbitos en los que se proyecta la intimidad: domicilio, comunicaciones, relaciones personales, etc.; proyección que también se conforma en derechos independientes (el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad del cuerpo humano, etc.). Pero es en las intervenciones corporales dónde se manifiesta más claramente la tensión entre los derechos individuales y el interés general, pues todo contacto físico supone inevitablemente traspasar los límites de la personalidad humana, por ello, ya el Tribunal Constitucional, en la sentencia 37/1989 de 15 de febrero, sentó la doctrina sobre la intimidad corporal como manifestación del derecho a la intimidad personal y los requisitos y garantías que ha de reunir toda restricción de la misma, considerando la inmunidad de la intimidad corporal³⁹⁸: “La CE garantiza la integridad personal (artículo 18.1) de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad³⁹⁹. (...) La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (números 2 y 3 del artículo 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad sólo es posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa con la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno artículos 10.1 y 15 de la CE)”. Así, podemos considerar que el derecho a la intimidad en la parte que nos interesa en este estudio se proyecta en la intimidad corporal y en la llamada “intimidad genética”, que aun siendo ambas parte de la intimidad corporal, hemos de separarlas por cuestiones sistemáticas.

Derecho fundamental a la Intimidad que es limitable: “el límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás”⁴⁰⁰; es decir, los derechos e

³⁹⁸ DUART ALBIOL, J.J.; “Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal”. Cit. Pág. 256

³⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J y RODRÍGUEZ RAMOS, L.; “La intimidad corporal devaluada” Cit. Pág. 124. Consideran que con tales manifestaciones el Tribunal Constitucional consigue una intimidad “atenuada”.

⁴⁰⁰ STC 2/1982 de 29 de enero. Fundamento Jurídico 2º. Vid Vid DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.; “Sistema de derechos fundamentales”. Ed. Thomson Cívitas, Madrid, 2005 (2ª ed.), Cit. pág. 234.

intereses colectivos pueden ser el fundamento de la limitación de los derechos fundamentales y, por ende, de la Intimidad. Limitación del derecho que, lógicamente, vendrá de la mano de la oportuna idoneidad de la medida, de su necesidad y, de su proporcionalidad en sentido estricto⁴⁰¹.

El TC en su sentencia 37/89, de 15 de febrero, dijo al respecto: “La Constitución garantiza la intimidad personal (artículo 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de una comunidad” lo cual resulta matizado cuando el Alto Tribunal advierte que aun tratándose de una actuación que afectan al ámbito protegido por la intimidad persona, ésta puede ceder ante exigencias públicas, a pesar de que la Constitución no ha establecido de modo expreso la posibilidad de intervención judicial como lo ha hecho en los apartados 2 y 3 del artículo 18: inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones”.

En relación con la proyección del derecho a la intimidad, GIL HERNÁNDEZ dice que engloba –en relación con la materia de este estudio- no sólo el concepto de la esfera íntima en la que se incluyen las facultades clásicas de exclusión de terceros, sino que afecta a todos los datos de la personalidad, que en lo que a nuestro estudio representa determinará el camino que recorre dicho derecho desde el derecho a la intimidad corporal a la intimidad genética⁴⁰²

⁴⁰¹ Vid Serrano Pérez. M.M.; (junto con Marcos Francisco Masso Garrote, José Luis GARCÍA GUERRERO, Tomás Bastarache Bengoa, María Mercedes Serrano Pérez, María Elena Rebato Peño, José Luis García Guerrero, Antonio LÓPEZ CASTILLO, Magdalena González Jiménez, Tomás VIDAL MARÍN, María Luz Martínez Alarcón, Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, Francisco Javier Díaz Revorio, Marina Gascón Abellán, Juan José Solozábal Echavarría) “*Los derechos fundamentales*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013. Pág. 462. Aunque no toda intromisión en el cuerpo de una persona puede vulnerar el derecho a la intimidad corporal, pues ésta depende también de lo que el cuerpo social considere que en un determinado momento queda resguardado por el recato corporal, noción inmaterial y circunstancial definible para cada sociedad. Por ello, aunque la intimidad corporal es un componente de la intimidad personal, el espacio de la intimidad corporal es más reducido, “porque no es una entidad física sino cultural y determinada, en consecuencia por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal” (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5). Según este criterio, y como sigue afirmando la sentencia, no pueden considerarse injerencias forzadas en la intimidad las actuaciones que se realizan sobre partes del cuerpo que no suponen una violación del pudor o del recato de la persona, esto es, sobre las partes del cuerpo que no tienen la consideración de íntimas. Ahora bien, que las intromisiones en la intimidad corporal no constituyan una lesión en este derecho no impide que las mismas puedan constituir una vulneración del ámbito de la intimidad personal, pues ésta es más amplia que aquélla, tal y como arma el TC, y la información conocida mediante el tipo de exploración corporal realizada puede provocar la lesión en el espacio intangible de desarrollo de la vida privada. Ello porque dentro de las actuaciones sobre las partes del cuerpo se incluyen análisis de sangre, pruebas de alcoholemia, registros vaginales o anales, reconocimientos médicos, etc., que pueden arrojar información íntima sobre una persona, esto es, pueden desvelar conductas o comportamientos que se ocultan al conocimiento de los otros y por tanto su descubrimiento, aunque sea casual, provoca una indiscreción lesiva.

⁴⁰² GIL HERNÁNDEZ, A.; “*Intervenciones corporales y derechos fundamentales*” Cit. Pág. 44. Por la jurisprudencia se ha distinguido así, entre un sentido negativo de la intimidad, en cuanto

a) *La Intimidad corporal*⁴⁰³

La obtención de muestras biológicas del sospechoso de un delito, detenido o simplemente investigado, ha cobrado un auge exponencial con la introducción de las técnicas de investigación de ADN en el proceso penal, pero no por ello deja de ser una “cuestión compleja por la aplicación del sistema de derechos y garantías constitucionales que rigen frente al sometido al proceso penal”⁴⁰⁴. Así, la obtención de muestras biológicas plantea el problema de tener que observar las limitaciones y garantías previstas legalmente y destinadas a salvaguardar los derechos del investigado, que se convierte así en objeto de las técnicas de investigación que puede tener la obligación de someterse a la intervención incluso contra su voluntad.

El carácter cultural y, por lo tanto, relativo del derecho a la intimidad en referencia al cuerpo humano, hace posibles las intromisiones en la llamada “intimidad corporal”, cuyo contenido y extensión variará en cada tipo de sociedad y en cada momento histórico: “el ámbito de la intimidad corporal no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en la cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. Aún tratándose de actuaciones que afectan al ámbito protegido⁴⁰⁵, es también cierto que la intimidad personal⁴⁰⁶ puede llegar a ceder en ciertos casos⁴⁰⁷ y en cualquier de

exclusión del conocimiento de los datos personales por los demás, y en un sentido positivo en cuanto control sobre dichos datos cuando éstos son compartidos.

⁴⁰³ La STC 207/1996 (Sala 1.ª), de 16 de diciembre, FJ 3.º, de conformidad con la STC 37/1989 (Sala 1.ª), de 15 de febrero, FJ 7.º, destaca que la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E., y recuerda que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal.

⁴⁰⁴ ABEL LLUCH Y RICHARD GONZÁLEZ: “Estudios sobre la prueba penal” Vol. II. Cit. Pág. 447

⁴⁰⁵ STC 120/1990 de 27 de junio: El Tribunal Constitucional equipara la intimidad personal a la intimidad corporal y establece su carácter absoluto contra cualquier tipo de intervención que se quiera imponer contra la voluntad de la persona afectada. En igual sentido vid STS de 31 de marzo de 1998 entre otras muchas.

Así, el Tribunal Supremo niega que un registro bucal o un examen radiológico, supongan un atentado a la intimidad y, por tanto, no necesitan de autorización judicial siempre que exista autorización de la persona afectada, vid. Entre otras STS 28/1993, de 18 de enero.

Igualmente en sentencia 1393/2002 niega que un cacheo, que no implica la retirada de la vestimenta de los detenidos, suponga la realización de actos atentatorios al pudor o el recato de una persona.

⁴⁰⁶ DUART ALBIOL, J.J.: “Inspecciones , registros e intervenciones corporales en el proceso penal” Cit. Pág. 261. Esta restrictiva concepción de la intimidad personal es rechazada de forma prácticamente unánime por la doctrina.

sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto”⁴⁰⁸.

Vemos cómo para nuestro Alto Tribunal ⁴⁰⁹, el que no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no implica que no exista lesión del derecho a la intimidad personal en el que éste se encuentra ínsito y que la vulneración podría acometerse en función de la información pretendidamente buscada con la medida⁴¹⁰, configurando dicho derecho fundamental, según DUART ALBIOL⁴¹¹ como un derecho de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada; como recuerda la STC 196/2004, de 15 de noviembre o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de la intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno como, asimismo, reitera la STC 196/2006, de 3 de julio, siempre que se cumplan los criterios que anteriormente citábamos de proporcionalidad expuestos por GONZÁLEZ-CUÉLLAR y recogidos por el TC en su sentencia 159/2009 de 26 de septiembre (ponente JIMÉNEZ SÁNCHEZ): “para que la afectación del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido resulte conforme con el art. 18.1 CE, es preciso que concurren cuatro requisitos: en primer lugar, que exista un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, que la intromisión en el derecho esté prevista en la ley; en tercer lugar (sólo como regla general), que la injerencia en la esfera de privacidad constitucionalmente protegida se acuerde mediante una resolución judicial motivada; y, finalmente, que se observe el principio de proporcionalidad, esto es, que la medida adoptada sea

⁴⁰⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Cit. Pág. 301.

DÍAZ CABIALE, J.A.: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Cit. Pág. 139.

HUERTAS MARTÍN, M.I.: “El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba”. Cit. Pág. 383

⁴⁰⁸ Desemboca dicho criterio restrictivo en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, (ponente GIMENO SENDRA) ya mencionada en la que niega la existencia de vulneración de la intimidad corporal, pero admite la lesión del derecho a la intimidad personal, no por la intervención en sí, sino por su finalidad: “una intervención corporal consistente en la extracción de algunos cabellos de diversas partes de la cabeza y del pelo de las axilas, por la parte externa del cuerpo afectada y por la forma que está prevista su ejecución (a realizar por el médico forense) no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo.

⁴⁰⁹ STC 206/2007, (ponente ARAGÓN REYES) de 24 de septiembre. Dónde se establece la vulneración del derecho fundamental que determina la nulidad de la prueba obtenida. Solicitud de los agentes de la Guardia Civil a los facultativos del hospital para determinar la tasa de alcohol en sangre a través de los correspondientes análisis. Prueba ajena a toda finalidad terapéutica que se realiza sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial previa, en una intervención desproporcionada puesto que no constan razones de urgencia y necesidad. El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de amparo presentado contra la sentencia de la AP Badajoz que condenó por delito contra la seguridad del tráfico y aprecia la vulneración del derecho a la intimidad personal en la práctica de un análisis de sangre.

⁴¹⁰ STC 199/2013 de 5 de diciembre (ponente PÉREZ DE LOS COBOS) en la que se pronuncia sobre la inexistente violación del derecho a la intimidad y decreta la legitimidad de la medida de recogida de un esputo abandonado para tomar de éste la muestra a fin de practicar la prueba de ADN.

⁴¹¹ DUART ALBIOL, J.J.: “Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal”. Cit. Pág. 264.

idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto) (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a)).⁴¹²

Como vemos, y en relación al objeto de nuestro estudio, queda claro que, en relación con la prueba de ADN, el derecho a la intimidad cede una vez que el afectado otorga su consentimiento, aunque las medidas se dirijan contra partes o zonas del cuerpo bajo la consideración cultural de pudor o decoro, es decir, al ámbito más privado del sujeto⁴¹³. De la misma forma cabría una intromisión en la intimidad cuando, aún no estando dirigidas a zonas tan preservadas, se utilizara la vis compulsiva para su ejecución, siempre, claro está con autorización judicial⁴¹⁴. En estos supuestos, la intromisión en la

⁴¹² Como hemos advertido, no se trata de un derecho absoluto y como advierte nuestro Tribunal Constitucional podrá ceder en los casos en que exista un interés constitucional prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información dado el carácter de derivados de ciertos derechos que de ella se desprenden dado el interés público en la investigación de delitos y determinación de hechos con relevancia penal (STC 25/2005 de 14 de febrero), o la investigación de delitos contra la seguridad del tráfico mediante pruebas de alcoholemia (STC 234/1997, de 18 de diciembre), la lucha contra el fraude fiscal (STC 233/2005, de 26 de septiembre) o el derecho a la información cuando se refiere a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables (STC 77/2009 de 23 de marzo doctrina recogida por el Tribunal Supremo en su STS 521/2011 de 5 Jul), por ejemplo.

⁴¹³ STC 25/2005 de 14 de febrero, FJ 6: "No obstante que no existe vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquel forma parte, ya que esta valoración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Según doctrina reiterada de este Tribunal, del derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1993, y 143/1994) y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (STC 142/1993 y 143/1994)."

⁴¹⁴ Es interesante destacar que la jurisprudencia del TS ha sido vacilante, variando sus criterios no siempre coincidentes. Así, p.ej., la STS 510/1997, de 14 de abril, con cita de la STS 303/1993, que limitaba, en todo caso, a la autoridad judicial, a competencia para la recogida de vestigios. Señalaba la sentencia que, aún mediando una orden del juez para la actuación de la Guardia Civil, ello no puede servir para modificar las normas procesales que imponen al juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de efectos, sal que concurren acreditadas razones de urgencia. A juicio de MORENO VERDEJO, el nuevo párrafo tercer del art. 326 impediría en la actualidad un dictamen como el puntuado, línea, por otra parte, seguida por otra numerosa jurisprudencia, como, v.gr., la STS 1270/1998, de 31 de octubre. Aquí, el TS admite los resultados de una muestra de sangre hallada en unos botines que los familiares del imputado habían entregado en la cárcel para hacérselos llegar al imputado, en situación de prisión preventiva, y que fueron recogidos por la Guardia Civil siguiendo una orden judicial. En todo caso, esta cuestión quedó definitivamente zanja, tras el acuerdo del Pleno de la Sala 2 del TS de 3º de enero de 2006, en el que adopta el criterio de que la policía no necesitará autorización judicial para recoger restos biológicos o muestras biológicas abandonadas por los sospechosos.

La sala de lo Penal adoptó tal acuerdo a la vista de las sentencias contradictorias que la propia Sala emitía. En particular, las sentencias antitéticas que dieron finalmente lugar a este Acuerdo, se referían al mismo acusado, al mismo delito, y a la misma prueba biológica: un

intimidad se podría producir por la información que se pretende obtener -aún en el supuesto de que dicha información pudiera favorecer al imputado-, lo que podría acarrear un reproche o un desmerecimiento ante la sociedad por la información que se pueda tener del resultado de la pericia⁴¹⁵, si bien como hemos advertido, dicha intromisión se convertirá en legítima, tras la reforma penal de 2015, cuando, negándose a aportar la muestra el investigado, el Juez Instructor ordenare su ejecución, autorizando la vis compulsiva, toda vez que ahora, tras la reforma, ya encuentra su acomodo legal.

Así lo contempla la jurisprudencia del TC al decir que la intromisión en la intimidad se produce no tanto por la forma de ejecutar la intervención, cuanto por la información que se pueda obtener. En este sentido, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, advierte, por ejemplo, que a través de un solo cabello se

esputo. El mismo vestigio sirvió para que el TS (STS de 19 de abril de 2005) anulara una primera condena impuesta por la Audiencia Nacional, y en otro asunto distinto para que el propio TS confirmara otra condena.

En la primera de las sentencias citadas, el TS consideró nula la prueba porque el esputo considerado como muestra genética indubitada no fue intervenido a presencia judicial ni con la autorización del sujeto. El TS razonaba que el juez tiene la obligación “de actuar personalmente en la recogida de toda clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, obligación que tiene su justificación, no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo razones de urgencia que en el presente caso no concurrieron, es a la autoridad judicial a quien corresponde la practica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal”. Por el contrario, en el segundo asunto, el TS, en sentencia de 14 de octubre de 2005, confirmando el fallo condenatorio de la Audiencia Nacional, afirmaba que “no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada directamente sobre el cuerpo del sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de la investigación sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal (es decir, abandonadas). En estos casos no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial”

Finalmente y como ya se indicó, el pleno del TS considero que tanto la LEcrim como la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el Estado y la normativa sobre Policía Judicial, habilitan a los agentes a recoger restos orgánicos de personas sospechosas de cometer delitos si autorización judicial. La STS de 14 de febrero de 2006, recoge ya esta opinión del Pleno, y afirma que una colilla abandonada por el sospechoso, se convierte en res nullius, y, por ende “accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos”

Es decir, la toma de muestras directamente por la policía sin orden judicial y sin concurrir la nota de urgencia, por el contrario, STS 1244/2001, que admitió la recogida de muestras por la policía sin riesgo de desaparición ni autorización judicial, basándose en que la policía está, no solo habilitada, sino obligada averiguar el delito y sus responsables. “Otra cosa es la eficacia procesal de estas actuaciones que ordinariamente solo sirve como medio de investigación y no como prueba de cargo”. Solo podrán tener este valor, según esta sentencia, si se reprodujera en el acto del juicio oral a través del pertinente medio de prueba. Por el contrario, si concurrieran razones de urgencia y la diligencia se practica secundum legem, podría alcanzar valor de prueba preconstituida. En todo caso, volvemos a traer a colación el Acuerdo del Pleno del TS de 31 de enero de 2006, unificando criterios en cuanto a las potestades de la policía en la recogida de muestras. HUERTAS MARTIN, M.I., El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, cit., pág. 382.

En igual sentido HUERTAS MARTIN, M.I., y pág. cit.: “La Comisión Europea de Derechos Humanos tiene declarado en sus Decisiones 8239/1978, de 4 de diciembre de 1978 y 8278/1978, de 13 de diciembre de 1979 –referidas al análisis de sangre-, que toda intervención médica compulsiva implica una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el art. 8 del Convenio”, si bien una vez recogida dicha facultad en nuestra normativa penal, como lo han hecho muchos ordenamientos de nuestro entorno, por ejemplo Alemania, a través de las modificaciones operadas por la reforma penal de 2015, dicha intromisión ha quedado legitimada.

⁴¹⁵ STC 207/1996 de 16 de diciembre.

puede averiguar si el imputado es consumidor habitual de cocaína y el tiempo de adicción, lo cual supuso en el caso concreto una grave intromisión en la vida privada del imputado, toda vez que salieron a la luz datos que carecían de relevancia para el proceso y provocó un desmerecimiento social y familiar innecesarios. La STC de 14 de febrero de 2015 expuso que en el caso de las intervenciones corporales, la violación del derecho a la intimidad “puede producirlo, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de la finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiere desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”.

*b) La intimidad genética*⁴¹⁶

El uso del ADN de forma diversa a la ya tradicional del establecimiento de perfiles genéticos podría suponer una intromisión en la intimidad personal de las personas. Así, podría averiguarse el origen étnico o geográfico de un individuo, o información genética de una persona o sus descendientes y ascendientes...⁴¹⁷. La exposición de motivos de la LO 10/2007, protegiendo el derecho a intimidad prevé que “sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto —la misma que ofrece una huella dactilar— y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética”.⁴¹⁸ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que en su STS 734/2014 de 11 de noviembre (Ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), dijo “que sobre la aplicación de la doctrina expuesta conduce a afirmar el respeto al principio de proporcionalidad en la realización del análisis de ADN del demandante de amparo toda vez que: su comparación con el obtenido a partir del resto biológico hallado resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de este último (idoneidad); no existía un medio alternativo para comprobar si el demandante había participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad): y finalmente el modo en el que el análisis del ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto sólo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellas que tan sólo proporcionan datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de

⁴¹⁶ El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencia de 4 de junio de 2003, núm. 803/2003, al analizar si la obtención de saliva del acusado para la determinación del ADN se llevó a cabo con vulneración del derecho a la intimidad del recurrente, advertía que el conocimiento del perfil genético de un individuo, al que cabe acceder a través de la determinación de su ADN, permite, ciertamente, obtener información amplia y muy sensible sobre sus características biológicas, pero que, “en casos como el contemplado, en los que la indagación se produce con fines exclusivos de identificación, descartando cualquier otra posibilidad, la injerencia en el ámbito íntimo es prácticamente inexistente, ya que el resultado de la prueba es asimilable al que podría obtenerse por cualquier otro procedimiento de los que permiten una identificación fiable”.

⁴¹⁷ PRIETO SOLLA, L.: “Aplicaciones forenses del ADN”. en *Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2004, pág. 1868, destaca, que posiblemente se alcanzará en relación con los perfiles de ADN, la misma rapidez que en la identificación por huellas.

⁴¹⁸ SOLETO MUÑOZ, H.: “Garantías y errores en la investigación penal”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. Pág. 80

otra muestra, excluyéndose por ello la revelación puesta de manifiesto de toda característica personal que afectase a la intimidad personal. Es decir, la injerencia en el derecho fundamental consistió en el riesgo de comprometer la intimidad personal del demandante de amparo, riesgo que no llegó a materializarse” (STC 199/2013 , de 5 de diciembre , FJ 1.1).

Doctrina que, sin ningún impedimento en cuanto no supone lesión del derecho a la intimidad, puede ser aplicada a los casos en que la muestra se obtiene directamente de un detenido con su consentimiento -no para surtir efectos en ese proceso-, por cuanto la otra posible perspectiva de afectación del derecho a la intimidad, en cuanto derecho de la autodeterminación informativa o *intimidad genética* por su inclusión en una base de datos, queda suficientemente salvaguardada por el consentimiento informado en el que se explican la cesión de datos y los derechos de cancelación, rectificación y acceso a los datos en la forma establecida en los arts. 7 y 9 LO. 10/2007, conforme a la Ley 15/99, de 13 diciembre de protección de datos de carácter personal.

“La diligencia de la obtención de una muestra de saliva al recurrente, para su posterior análisis de los perfiles genéticos, afecta a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en su manifestación como *intimidad genética*, no por la forma en que ésta se practica (frotis bucal), que en sí misma no supone una injerencia intolerable en la intimidad corporal del mismo, sino por su finalidad, esto es, por el tipo de información que puede obtenerse de dicha prueba. Por ello, la obtención de una muestra biológica del cuerpo de una persona para el posterior análisis de los perfiles identificadores de ADN del afectado quedaría amparada por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Por su parte, la conservación de las muestras biológicas así como de los perfiles identificadores de ADN, y su almacenamiento, custodia y eventuales usos futuros quedaría amparada por el derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). En el mismo sentido se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional (ponente Luis Ignacio Ortega Álvarez), en su sentencia 135/2014 de 8 de septiembre, al tratar de analizar si la inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN sin el consentimiento del afectado puede suponer una vulneración del art. 18.4 CE que consagra el derecho a la autodeterminación informativa⁴¹⁹, considera que la inscripción de los identificadores en la base de datos policial no supone una violación de dicho derecho, ya que aunque el art. 6.1 LO 15/1999 dispone que “el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”, el art. 6.2 de la misma norma establece que, entre otras excepciones, “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias”. Así lo ha entendido la STS núm. 1311/2005 (Sala de lo Penal), de 14 de octubre. (...) El primer aspecto que se denuncia es el relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no sólo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que

⁴¹⁹ Respecto a la incidencia de las libertades en el ámbito de la genética, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Incidencia De la libertad ideológica en el derecho a la manipulación genética”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, vol. I, nº 6, 2006, 431 a 468

admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley. Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna. Es más, la Orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal⁴²⁰.

Por último, y en todo caso, como se recoge en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), se permite la injerencia en la vida privada cuando “(...) *esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás*”. (...) En esta misma línea puede citarse la STS núm. 179/2006 (Sala de lo Penal), de 14 de febrero.

A la hora de identificar de qué manera puede afectar la toma de muestras para la obtención del ADN, es preciso partir de la diferenciación de dos clases de ADN: el codificante y el no codificante, ya que ello va a tener una gran trascendencia en orden a la afectación del llamado derecho a la “intimidad genética”⁴²¹. Siguiendo a ROMEO CASABONA, el **ADN codificante**: “es el que contiene la secuencia de los genes, el material genético al que corresponde la función de reproducir (“expresar” a través del ARN) las proteínas que dan lugar a los rasgos físicos de los individuos (el fenotipo), los cuales son transmitidos por los mecanismos de la herencia. De este material puede obtenerse

⁴²⁰ Sobre el particular véase también la SAN núm. 39/2005 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 30 de noviembre : PRIMERO.- (...). Respecto al primero, derecho a la intimidad, es cierto que con un registro de ADN se puede llegar a tener numerosa información genética de un individuo (enfermedades que desarrollará, antecedentes biológicos,..., en suma datos relativos a la salud eminentemente sensibles). Pero no es éste el fin de los registros policiales, sino, como reza el art. 282 LECrim —ya desde el siglo XIX— ‘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 (...). Por último, y en todo caso, como se recoge en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, se permite la injerencia en la vida privada cuando “... esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. (...) En esta misma línea puede citarse la STS núm. 179/2006 (Sala de lo Penal), de 14 de febrero.

⁴²¹ ETXEBERRIA GURIDI, J.F.; “*Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*”. Ed. Comares. Granada: 2000, pág. 190 y 61, se refiere al derecho a la autodeterminación informativa y a la identidad genética, derivados del derecho a la intimidad o a la vida privada. En el mismo sentido, MORENO VERDEJO, “*ADN y proceso penal*” Cit. pág. 1803.

información sobre la salud presente y futura (en términos predictivos de seguridad o de predisposición o susceptibilidad) el sujeto sometido a los análisis pertinentes, así como de los riesgos de transmitir alguna enfermedad hereditaria a su descendencia. Sin embargo, presenta escasa variabilidad de unos individuos a otros, a salvo del HLA (antígenos leucocitarios humanos). De ahí el interés que existe en limitar el acceso a este material, la realización de análisis sobre el mismo y la difusión de los resultados de estas pruebas”⁴²². En nuestro ordenamiento está prohibido el estudio de este ADN. Respecto al **ADN no codificante**: “carece de las capacidades del anterior –no se expresa en proteínas a través del ARN-, pero es mucho más abundante y, sin entrar ahora en sus funciones (...), presenta como característica más destacable su gran variabilidad de unas personas a otras o, lo que es lo mismo, su elevado polimorfismo, (...) aproximadamente la mitad del ADN no codificante es ADN repetitivo y aunque gran parte del mismo es extremadamente polimórfico, por diversos motivos, el ADN utilizado con fines forenses es el ADN repetido en tándem y, dentro de él, el ADN minisatélite y microsatélite. Los ADN minisatélite y microsatélite consistente en repeticiones de fragmentos de ADN de número variable. Las repeticiones en el ADN microsatélite son de tamaño pequeño (de 2 a 5 pares de bases) por lo que se suelen denominar STRs (“short tándem repeats”). Las repeticiones en un locus minisatélite tienen un tamaño medio de alrededor de 30 pares de bases. Aquí radica su gran interés médico-forense, pues por medio de diversas técnicas que tienen presente el polimorfismo se puede llegar a establecer o descartar la identidad entre una muestra obtenida en relación con un crimen y la tomada del sospechoso(...). Son, pues, estos marcadores los que se utilizan para la obtención de los identificadores del ADN de los que nos estamos ocupando ahora, y, en principio según el conocimiento científico actual, parece que no deberían aportar ninguna información sobre la salud de las personas, no tendrían, por consiguiente, ninguna capacidad predictiva en relación aquella”, por lo que no afectarían a la intimidad genética y no encontraría problemas de protección a la intimidad.

El artículo 4 de la LO 10/2007 establece que “*sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo*”. De esta forma, el legislador sin utilizar expresamente esta terminología, establece que **sólo se podrán inscribir los resultados de los análisis realizados sobre partes no codificantes del ADN**. A pesar de estas precauciones, ello no implica que de este ADN no pueda obtenerse información que pueda vulnerar el derecho a la intimidad genética del individuo. También en esta línea, la doctrina ha aceptado que, a pesar de que los perfiles genéticos no deben expresar, en principio, información sobre la salud del individuo, ni presente ni futura, esta información sea considerada como *datos de salud* y reciba, por tanto, el tratamiento reservado a los *datos sensibles*, siendo este criterio también recogido en la Exposición de Motivos de la LO 10/2007⁴²³.

⁴²² Vid ROMEO CASABONA, CARLOS M^a y ROMEO MALANDA, SERGIO; “*Los identificadores del ADN en el sistema de Justicia Penal*” Cit. págs. 28 a 30

⁴²³ Vid GALÁN MUÑOZ, A., ARRIBAS LEÓN, M., CARUSO FONTÁN, M.V., I LUCENA CID,

El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene un contenido más extenso que el relativo a la intimidad corporal, en tanto en cuanto supone una extensión de la dignidad de la persona recogido en el art. 10.1 CE. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en sentencias 231/1988 de 2 de diciembre, 197/1991 de 17 de octubre, 20/1992 de 14 de febrero, 219/1992 de 13 de diciembre, 142/1993 de 3 de mayo, 117/1994 de 25 de abril y 143/1994 de 9 de mayo entre otras, en las que reconoce “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener la calidad mínima de la vida humana.” Ese ámbito, según nuestro TC en SSTC 142/1993 de 2 de mayo y la citada 143/1994 de 9 de mayo, se refiere a la esfera, “estrictamente personal de la vida privada o de lo íntimo”. Así, las intervenciones corporales pudieran conllevar, (no por la intervención en sí cuyo derecho afectado es el de la integridad física) “sino por razón de su finalidad , es decir, por lo que a través de ellas se pueda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal” (STC 207/1996). Así se pronuncia también nuestro Alto Tribunal en la STC 234/1997 de 18 de diciembre en el sentido de que “no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal de que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido”

El ADN del que se obtienen elementos identificadores en principio sólo permite vincular unos marcadores de una muestra biológica a determinada persona -identificarla-, siendo la peculiaridad de esta pericia en relación con otras identificativas que, mientras por ejemplo las huellas dactilares solo aportan información identificativa, los perfiles de ADN, además, indican el sexo de la persona, su etnia y su filiación y/o paternidad (ascendientes y descendientes biológicos), entre otras informaciones de carácter personal; circunstancias que inciden directamente en derechos fundamentales que merecen una mayor protección, debiéndose adoptar una serie de garantías en cuanto son susceptibles de aportar datos de carácter personal afectantes a la intimidad del sujeto. Así, el artículo 4 de la LO 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal, dice: *“sólo podrán recogerse para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido; no podrán usarse para finalidad incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos; serán exactos y puestos al día, si fuera el caso, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado; si resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados; serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios por pertinentes para la finalidad par la cual hubieran sido recabados o registrados; no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines con base en los cuales*

I.V., CARRIZOSA PRIETO, E., Francisco TOSCANO GIL, F., HOLGADO GONZÁLEZ, M.; *“La Protección Jurídica de la Intimidad y de los Datos de Carácter Personal Frente a las Nuevas TICs”*. Ed. Tirant lo Blanch. 2014. Pág. 293-4

hubieran sido recabados o registrados: serán almacenados de forma que permitan el ejercicio de derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados; se proscribire la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”.

La Agencia Española de Protección de Datos, en su informe “tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal”, de 2000 dijo al respecto: “En todo caso, nos encontraremos ante datos relaciones con la salud de las personas, Prescindiendo aquí de la discusión acerca de los efectos del análisis de ADN codificante o expresivo y no codificante, debe señalarse que, si bien es posible que del resultado del análisis de ADN no codificante no se deriven directamente datos de salud, dichos resultados vienen a conformar la huella genética de una persona, y por tanto, se encuentran íntimamente relacionados con su salud. Así lo reconoce la Recomendación (97) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la protección de datos médicos, que defina la expresión “dato médico” como todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona, añadiendo que dicha expresión afecta igualmente a los datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas. En este mismo sentido, la Recomendación se refiere expresamente a los datos genéticos, no delimitando en ningún caso aquellos que pudieran derivarse de análisis de distintos tipos de ADN, sino considerando que tanto un como otros son datos estrechamente relacionados con la salud. Así, la Recomendación señala que la expresión “datos genéticos” se refiere a todos los datos, de cualquier tipo, relacionados con los caracteres hereditarios de un individuo o que, vinculados a dichos caracteres compongan el patrimonio de un grupo de individuos emparentados. Además se indica que este concepto también se refiere a todos los datos que afecten a intercambios de información genética de un individuo o línea genética, con relación a cualquier aspecto de la salud o de una enfermedad, constituya o no un carácter inidentificable.”

En consecuencia, cualquier dato personal de carácter genético deberá ser considerado como susceptible de afectar a la salud de las personas y, por tanto, ínsito en el derecho fundamental a la intimidad genética y sujeto a las disposiciones específicas aprobadas para la regulación de este tipo de datos de carácter personal.

Siguiendo a ROMEO⁴²⁴, “el acceso al ADN no codificante para realizar los estudios de los perfiles comporta asimismo la posibilidad de acceder a todo el ADN, es decir, también al codificante: todo el ADN (codificante o no codificante) se halla ubicado de forma lineal y continua como secuencias de bases nitrogenadas en el núcleo de cada célula del cuerpo, de modo que sólo una vez iniciada su manipulación en el laboratorio se puede seleccionar la parte –genética o no genética- que se desea someter a estudio. Es decir, las características de la muestra, en cuanto tal, no permiten separar previamente una parte –o segmentos- del ADN de la otra – u otros-; el acceso para los estudios forenses pertinentes es a todo el ADN.” (...) Finalmente, se ha señalado que incluso el estudio de marcadores no genéticos exclusivamente puede aportar pistas muy relevantes sobre anomalías, enfermedades o

⁴²⁴ ROMEO CASABONA, CARLOS M^a y ROMEO MALANDA, SERGIO; “Los identificadores del ADN en el sistema de Justicia Penal”. Cit. Págs. 28 a 30.

patologías del sujeto examinado, como podrían ser algunas trisomías, cáncer, infertilidad masculina, etc.”.

2.2.- Derecho a la libertad ambulatoria

El art. 17.1 CE establece que “*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*”; derecho al que nuestro Alto Tribunal, en su STC 3/1992 de 13 de enero, otorga un “papel nuclear en el sistema del Estado democrático y de Derecho”. Así en su STC 23/1985 de 15 de febrero sostiene al respecto de la libertad ambulatoria que es el “aspecto más tangible de la libertad cuál es la libertad física”, que en su sentido negativo implica “la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a las propias opciones y convicciones” (STC 15/1986, de 31 de enero). Siempre que el afectado no se someta de forma voluntaria cualquier intervención corporal supondrá una limitación más o menos grave de la libertad ambulatoria del sujeto⁴²⁵.

Así la afectación del derecho a la libertad por una medida de intervención corporal ha sido refrendada por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión 8278/78 de 13 de octubre de 1979⁴²⁶) en el sentido de considerar que “*la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración*”. dicha doctrina ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional STC 103/1985, de 4 de octubre, en la que el Tribunal afirma con apoyo en la citada decisión dictada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, nº 8278/78, de 13 de diciembre de 1979, que «una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el art. 2.1 del Convenio» (derecho a la integridad física), aunque declara que «la ejecución forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración», justificada, sin embargo, para asegurar el cumplimiento de una obligación legal, según añade”. Además, según pone de relieve en la posterior STC 107/1985, de 7 de octubre, “nadie puede ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de este tipo de análisis” (FJ 3), si bien esta declaración no resulta en la práctica del todo convincente; ello porque, aun reconociendo que el supuesto de referencia, un control de alcoholemia, no constituye violación de este derecho, sin embargo, en virtud del ya aludido Art. 8 de la anterior Orden de 29 de julio de 1981, cabía la posibilidad de “conducción al Juzgado correspondiente” a quien, siendo requerido, se negare a la práctica de tal control de alcoholemia en los supuestos de accidente, para lo cual será en ocasiones necesario el empleo de coacción física.⁴²⁷

⁴²⁵ Vid GIL HERNÁNDEZ, ÁNGEL; “*Intervenciones corporales y derechos fundamentales*”. Ed. Colex. 1995

⁴²⁶ La Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia de 22 de julio de 2003, reitera que el cuerpo de una persona es el aspecto más íntimo de la vida privada. Por lo tanto, un examen médico obligatorio, aunque sea de menor importancia, constituye una interferencia con este derecho (ver *X v. Austria*, No 8278/78, decisión de la Comisión del 13 de 21 diciembre de 1979, Decisions and Reports (DR) 18, página 155, y *Acmanne and Others v. Belgium*, No 10435/83, decisión de la Comisión del 10 de diciembre de 1984, DR 40, página 254).

⁴²⁷ En este sentido, LORENTE HURTADO, F.; “*La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional*”, Cuadernos del Poder Judicial. Núm. 1. 1986. p. 65. Conforme declara el Tribunal en la ya aludida STC 237/1997, “si la prueba sólo consiste en la espiración de aire,

Cualquier intervención corporal, como vemos, va a suponer una limitación de la libertad ambulatoria de la persona que la soporta, aunque la injerencia sea mínima, como en el caso que nos ocupa de la obtención de la muestra a través del frotis bucal para la prueba de ADN (células del interior de la mejilla, lengua y encías, por arrastre junto con la saliva)⁴²⁸.

Doctrina pacífica mantenida por el TC desde la ya vetusta sentencia 98/1986 de 10 de julio: "debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad" (en igual sentido STC 21/1996 de 12 de febrero entre otras). Ahora bien, la privación de libertad deberá serlo por el tiempo mínimo imprescindible para la realización de la pericia y, en todo caso, bajo el prisma de la exigible proporcionalidad de la actuación. Siguiendo a NEYRA KAPPLER⁴²⁹: "es por tanto pacífico el hecho de que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en el art. 17.1 CE quedan afectados por la realización de un análisis o test genético (...) en cuanto que su libertad ambulatoria quedará limitada mientras aquella se practica. Ahora bien, tampoco la libertad es un derecho absoluto. En este caso, además, no existe problema, ya que en el proceso penal la privación de libertad se halla suficientemente regulada y la privación de libertad lo puede y debe ser por un mínimo espacio de tiempo, que será el estrictamente necesario para la práctica de la diligencia, y sin que en ningún caso y bajo ningún motivo pueda sobrepasar los límites legales establecidos con relación a la duración de este tipo de medidas cautelares personales provisionalísimas que inciden en el preciado derecho a la libertad."⁴³⁰.

tampoco es contraria a la Constitución, pues es claro que, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente se lesiona el derecho a la intimidad personal" (FJ 9 A); con cita de jurisprudencia constitucional anterior, relacionada con la intromisión que en este derecho produce la práctica de intervenciones corporales como la sentencia 120/1990, de 27 de junio, (FJ 12) que se remite a su vez a la número 37/1989, de 15 de febrero. (FJ 7), afirmándose que "en la noción de intimidad personal se integra la intimidad corporal". Respecto a la violación de un derecho más amplio de intimidad personal, se reconoce que ésta tiene lugar dada la necesidad de averiguar una determinada información que el TC entiende constitucional en virtud en la existencia de una "justificación objetiva y razonable" (STC 237/1997, FJ 9B); que recogía el propio TC en la referida sentencia 37/1989, que tal derecho a la intimidad personal no podía entenderse de forma absoluta, advirtiendo también la Sentencia número 57/1994, de 28 de febrero (FJ 7), la exigencia del cumplimiento del principio de proporcionalidad a este respecto. Ver también GIL HERNANDEZ, A.; *"Intervenciones corporales y derechos fundamentales"*. Prueba de alcoholemia. Ed. Colex. Madrid 1995, págs. 43 y ss., quien defiende su posibilidad de limitación, acudiendo incluso a la vis coactiva, en contra de LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRIGUEZ RAMOS, L.; *"La intimidad corporal devaluada"*, Poder Judicial 1989, Nº 14, pp. 125 y ss.

⁴²⁸ Vid MORA SÁNCHEZ; *"Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN"*. Ed. Comares. Granada, 2016. Pág. 107. Entre otros.

⁴²⁹ Vid ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA; *"La prueba del ADN en el proceso penal"*. Ed. Comares. Granada 2008. Pág. 107

⁴³⁰ En el mismo sentido PEDRAZ PEÑALVA, E; *"El derecho a la libertad y seguridad (art 5 CEDH)"*, en Cuadernos de Derecho Judicial, La jurisprudencia del TEDH, CGPJ. Madrid, 1994 pág. 75 y ss.

2.3.- Derecho a Integridad Física y Moral

Siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO: “lo que nuestros constituyentes realmente quisieron garantizar con el concepto de integridad física y moral, era la integridad en el sentido de la incolumidad personal que comprende los derechos a la salud física y mental, al bienestar corporal y psíquico, así como el derecho a la propia apariencia personal (derecho a no ser desfigurada su imagen externa)”⁴³¹.

Siguiendo la doctrina del TEDH, con este derecho fundamental “se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular” (STC 207/96, de 16 de diciembre). Protección frente a cualquier agresión afectante al derecho que, siguiendo la jurisprudencia habrá que graduar atendiendo “a la intensidad de los sufrimientos ocasionados a una persona, es decir que las tres nociones del art. 15 CE -torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes- son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala, entrañando todos ellos padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (SSTC 120 y 137/1990).

En relación con la limitación que puede suponer la práctica de la diligencia , el TC ha dicho que “el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal” (STC 7/94 de 17 de enero).⁴³²

Sobre la intervención coactiva sin contar con el consentimiento del afectado “el hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud, supone un plus de afectación, más no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho

⁴³¹ Vid RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; *“Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”*. En Comentarios al Código Penal. Ed. EDERSA. Madrid 1982. Pág. 80. El concepto de incolumidad personal es utilizado, por ejemplo, en el art. 2.2 de la constitución alemana-que habla de “unversehrtheit” y que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa estado o calidad de incólume y éste significa a su vez “sano sin lesión o menoscabo”. Como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional -STC 35/1996 (Sala 2.ª), de 11 de marzo, FJ 3.º, y STC 207/1996 (Sala 1.ª), de 16 de diciembre, FJ 2.º- mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona tanto contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, como contra toda clase de intervención de esos bienes que carezca del consentimiento de su titular

⁴³² En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH en la Decisión 8278/78 de 7 de diciembre de 1979 o sentencia de 25 de abril de 1978. Todo ello rompiendo la doctrina que llegó a plantear el TS en STS de 4 de febrero de 2003, al decir que “la sumisión a una prueba que supone una invasión en la integridad corporal del sospechoso, como la que supone la extracción de sangre o de cualquier otro tejido o sustancia corporal para realizar un análisis científico, puede ofrecer colisiones con el respeto a la integridad corporal y con el derecho que tiene todo acusado a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle.

fundamental a la integridad física” (STC 207/1996, de 16 de diciembre). Entendía nuestro máximo Tribunal que la obtención coactiva de muestras, de la índole que fuera, aun conllevando una mínima intervención corporal como pueda ser un frotis bucal, comportaría una injerencia prohibida en el derecho a la integridad física, afectando a su vez al derecho a la intimidad. Dicha consideración lo era por la carencia de sustento legal, puesto que no existía normativa que lo posibilitase; laguna que ha sido colmada otorgando al juez la facultad de practicar la intervención incluso por la fuerza para la consecución de la prueba, siempre bajo el prisma de la proporcionalidad ponderando siempre los intereses en liza.

Hay que advertir que desde la perspectiva de la intimidad corporal, para el TC no todas las partes del cuerpo merecen la misma protección constitucional, no tratándose de una injerencia de la misma intensidad si la zona afectada es una zona íntima o no (SSTC 110/1984, 114/1984, 231/1988, 120/1990 y 57/1994). En este último caso, aún estando ante intervenciones corporales, éstas son de un grado levísimo y que pueden afectar o no al derecho a la intimidad corporal dependiendo de la parte del cuerpo afectada (como la extracción de pelos de la cabeza o el frotis bucal). Así lo ha entendido también la doctrina. Siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO, “el derecho a la incolumidad personal no es perturbado en absoluto con la pequeña injerencia que los adelantos científicos requieren”⁴³³.

2.4.- Derecho a la dignidad personal

El artículo 10 CE dice: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Aunque en puridad el derecho a la dignidad personal no es un derecho fundamental al no quedar comprendido en el catálogo de derechos de los artículos 14 a 29 CE, algunos autores lo han definido como “un valor espiritual y moral inherente a la propia persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y la necesaria pretensión de respeto por parte de los demás”⁴³⁴. Se trata en consecuencia de un valor/presupuesto del resto de los derechos fundamentales, por lo que su quebranto supondrá de manera inequívoca alguna vulneración/limitación de otro derecho fundamental, ya que no se conciben aquéllos sin el concurso necesario de este⁴³⁵.

⁴³³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; “*El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura*”. RCGPJ. (Jornadas sobre derechos humanos, Madrid, 23-25 de abril) N° especial 1986. Pág. 43

⁴³⁴ Vid NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.; “*ADN e investigación penal*” FALTA CITA. pág. 50

⁴³⁵ El Tribunal Constitucional, tras establecer que el artículo 10.1 CE no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo por impedirlo los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, afirma: «Ello, sin perjuicio de que la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones proscribiendo la degradación de la dignidad humana en la realización de intervenciones corporales, así como la tortura, las penas o tratos inhumanos y degradantes, como consecuencia directa del reconocimiento en nuestra Carta Magna de la dignidad de la persona humana⁴³⁶. La dignidad de la persona, que es inherente a todo ser humano, es el núcleo irreductible de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Su protección significa una garantía jurídica aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en todas las circunstancias. Jean Pictet formuló este principio básico de la siguiente forma. "Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana".⁴³⁷

Según sentencia 538/2016 de 17 de junio, el Tribunal Supremo al desarrollar el concepto de dignidad humana determina que "está caracterizada por ser una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un *concepto* global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido", dicho concepto no hace sino seguir la senda marcada por el TC en su STC 115/2010 de 24 de noviembre, que se refiere a la *dignidad* de la persona como fundamento del orden político y social, fundamento que subyace en la proclamación de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Indica que en la STC 53/1985, de 11 de abril, se afirma que la *dignidad* es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Dicho esto, recuerda, que según el art. 12 de la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, teniendo derecho a que la ley le proteja frente a dichas injerencias. En parecidos términos se pronuncian los arts. 16 y 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, o el art. 8 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, que proclaman el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Acerca del

impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque 'sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente' (STC 120/1990, fundamento jurídico 4.º)» (f.j.3A).

⁴³⁶ Al respecto el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos supuestos; así, con relación al examen ginecológico a una mujer con objeto de detectar posibles señales de una interrupción voluntaria del embarazo, afirmando que no podía considerarse atentatorio a la dignidad humana (supuesto ya comentando); ni la asistencia forzosa a reclusos en huelga de hambre, ni los registros personales de los reclusos en sus cavidades naturales. STC 37/1989, 129 y 137/1990, y 57/1994.

Vid SSTC 120 y 137/1990 y 57/1994, igualmente, el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; así como el art. 1 del Convenio contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984m de las Naciones Unidas (ratificado por España el 21 de octubre de 1987), y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de diciembre de 1987 (ratificado por España el 28 de abril de 1989)

⁴³⁷ SUÁREZ DEL TORO RIVERO, J.M.; "La protección de la dignidad de la persona y el principio de humanidad en el siglo XXI". Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Función Policial In Memoriam Gonzalo Jar Couselo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Pág. 16

derecho fundamental a la intimidad, en conexión con el libre desarrollo de la personalidad, se mencionan las SSTC 142/1993 , 202/1999 y 119/2001 , de las que entresaca (...), la afirmación de que "el derecho a la intimidad tiene una dimensión positiva, atinente a la protección de las posibilidades de autorrealización del individuo y al libre desarrollo de la personalidad, como una expresión efectiva de la *dignidad* de la persona humana y también una dimensión negativa, dado que la intimidad del individuo puede padecer no sólo por la actuación de los demás en general, sino por la actuación de los órganos de poder"⁴³⁸.

La toma de muestras y realización de las pruebas genéticas no pueden suponer en ningún caso cualesquiera formas de trato degradante, por lo que para que sea lícito desde el prisma de la dignidad humana, es preciso:

- a) Que la persona se someta voluntariamente y, caso de no otorgar su consentimiento, previo mandamiento judicial.
- b) Que se realice conforme a la *lex artis*, esto es, siguiendo los protocolos y pautas establecidos a tal efecto. Siguiendo a NARVÁEZ: "este tipo de pericias no atentan contra la dignidad personal de quien ha de someterse a las mismas si la recogida de muestras se realiza en razón de un fin constitucionalmente legítimo, como es el que se persigue en el procedimiento penal, y la injerencia no va más allá de lo estrictamente necesario para la obtención de la muestra biológica, practicándose de acuerdo con la *lex artis*"⁴³⁹
- c) Que se realice por personal cualificado. Si la intervención es de carácter grave y supone una injerencia importante, deberá efectuarse por personal sanitario. Caso de que la intervención/inspección sea leve podrá ser llevada a cabo por personal especializado de las unidades de policía judicial.
- d) Proporcionalidad de la medida. Se ha de realizar siempre bajo los parámetros de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto⁴⁴⁰.

Hemos visto en el apartado dedicado a las bases de datos cómo la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal una nueva disposición adicional tercera, con el siguiente contenido:

"El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante real decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la

⁴³⁸ Vid en el mismo sentido STC 60/2010 (ponente DELGADO BARRIO) de 7 de octubre

⁴³⁹ Vid NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A; "*ADN e investigación penal*". En "La prueba de ADN su nueva normativa procesal". Jueces para la Democracia. Núm. 51. Madrid 2004. Cit. Pág. 72-80

⁴⁴⁰ "La dignidad de la persona ha de permanecer inalterada, respetada por todo ordenamiento y, en ningún caso, susceptible de limitación. Cualquier actuación deberá observar necesariamente este derecho. La realización de pericias médicas sobre el cuerpo de los inculcados o de terceras personas relacionadas con el mismo, deberá tener siempre en cuenta la dignidad humana de quienes son sometidos a ellas y su ejecución práctica no podrá suponer en ningún caso la declaración de la misma, so pena de nulidad radical de la prueba ex art. 11.1 LOPJ e incluso de responsabilidades para quienes acordaren su práctica y para los que la ejecutaren" STC 57/1994, de 28 de febrero.

investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes”. Dicho mandato fue cumplimentado con la publicación del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. En el mismo se le atribuyen a la Comisión distintas funciones relacionadas con la acreditación, la coordinación, la elaboración de protocolos oficiales y la determinación de las condiciones de seguridad de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres.

- Acreditación: se acreditarán aquellos laboratorios que estén facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas, así como evaluar su cumplimiento y establecer los controles oficiales de calidad a los que deban someterse de forma periódica. Deberán contar previamente con la certificación de calidad otorgada por la entidad de acreditación correspondiente.

- Criterios de coordinación: se establecerán los criterios de coordinación entre los laboratorios acreditados y llevará a cabo el estudio de todos aquellos aspectos científicos y técnicos, organizativos, éticos y legales que garanticen el buen funcionamiento de los laboratorios que integran la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

- Protocolos: se elaborarán y aprobarán los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis.

- Condiciones de seguridad: se determinarán las condiciones de seguridad en la custodia de las muestras, la estricta confidencialidad y reserva de las mismas, así como de los análisis y de los datos que se obtengan de éstos.

El cumplimiento de las anteriores condiciones dará validez a la prueba de ADN homologando las técnicas científicas para todo el territorio nacional.

2.5.- Derecho a la Salud

El artículo 43.1 reconoce “*el derecho a la protección a la salud.*” Se trata de un derecho que sin ser fundamental, supone un límite infranqueable para la realización de cualquier diligencia con el afectado bajo la máxima de “nunca una investigación penal puede justificar una medida que afecte negativamente por sí misma a la salud de una persona”⁴⁴¹. Lo anterior implica que en el supuesto en que se pueda producir una contradicción entre el interés público y

⁴⁴¹ Vid MORENO VERDEJO, J.; “*ADN y proceso penal: la reforma operada por la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*”. Cit. Pág. 1829. Cita STC 7/1994, FJ 4.º: “En ningún caso podrá acordarse la práctica de una *intervención corporal* cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud”. También en “ADN forense: problemas éticos y jurídicos”. Ed. Observatorio de Bioética y derecho. Universidad de Barcelona. Págs. 119 y ss. Barcelona 2014. Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza

el derecho a la salud del justiciable, el primero debe ceder en beneficio del segundo renunciando a la medida de intervención que menoscabe la salud⁴⁴².

La Instrucción 6/88 de la Fiscalía General del Estado, desarrollando el ATC 868/86 de 2 de octubre, establecía que “para que pueda invocarse un hipotético *peligro para la salud* se requiere probar adecuadamente su existencia, demostrando la relación entre las medidas a adoptar y sus consecuencias”, las cuales en caso de nocividad deben ceder en su práctica.

Siguiendo a GASCÓN ABELLÁN⁴⁴³, cuando existe un conflicto entre normas (o principios) constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate, por ejemplo entre la tutela del honor y la libertad de expresión, éste no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias (o sea, mediante la declaración de invalidez de una ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estas normas. Es más, podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma “dignidad constitucional” y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras. Las normas (o principios) constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como *mandatos de optimización*⁴, es decir normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida *posible* en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en llamarse *juicio de ponderación*, consistente, *grosso modo*, en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto. Y al respecto una precisión. Es cierto que en algunos casos la ponderación puede conducir a adoptar una solución realmente armonizadora o conciliadora de los intereses, normas o principios en tensión; una *praktische Konkordanz*, por usar la significativa expresión alemana. Pero también es verdad que en muchos otros supuestos (la mayoría), esa solución armonizadora o conciliadora no es *posible* y el resultado de la ponderación consiste necesariamente en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna. Precisamente por ello, suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor. Pero hay que insistir, *en el caso concreto*. Con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al supuesto enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro supuesto distinto.

Naturalmente lo que acaba de decirse no significa que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues cabe la posibilidad de ensayar algún método para resolver estos conflictos. De hecho, por vía

⁴⁴² Respecto a la proporcionalidad de la medida y, habida cuenta el estado actual de la ciencia, la injerencia en el bienestar o la salud de la persona sometida a las mismas es casi inexistente, como bien apuntó nuestro Alto Tribunal en la STC 207/1996. Hoy basta con una muestra de saliva en un frotis bucal en la mejilla, encías y bajo la lengua para obtener la muestra necesaria para el cotejo. Dicho acto de carácter levísimo no entraña lesión alguna para el individuo, como ha recogido el TS en sentencia de 4 de junio de 2013, si bien es cierto “no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno, y, ni siquiera, incomodidad al concernido”. Así, tanto por el modo de realización como por la incidencia práctica en el afectado, sería más bien asimilable “a las inspecciones y registros corporales”, siempre que no incida en partes íntimas del cuerpo y se hiciera de manera “estimable en la privacidad”.

⁴⁴³ GASCÓN ABELLÁN, M.; “Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad”. Cit. Págs. 34 y ss.

jurisprudencial o doctrinal se pueden crear *condiciones de prioridad* en abstracto (bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro), *prioridades prima facie* (reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, "la libertad de información prevalece en principio sobre el *derecho* al honor") y *estructuras de ponderación* (exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad de cualquier norma o medida restrictiva de un principio), que se establecen a partir de la idea de mandato de optimización. Especial importancia tienen las *estructuras de ponderación*, pues señalan las reglas o directrices que disciplinan el juicio de ponderación y que poco a poco han ido consolidándose en la praxis judicial. Dicha praxis judicial tiene su exponente en la STC 7/1994 de 17 de enero en la que se establece nítidamente que el Juez no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su *salud*; en cualquier caso, su ejecución habrá de efectuarse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos. Dicha doctrina es consolidada por el TC hasta llegar a la STC 207/1996 (ponente GIMENO SENDRA), quién categóricamente dictamina que las **intervenciones corporales** son "medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa, si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él. Requisitos ineludibles para su admisibilidad **son que no revistan peligro para la salud** y que sean practicadas por un médico de acuerdo con la *lex artis*"⁴⁴⁴.

3.- DERECHOS FUNDAMENTALES DE INCIDENCIA PROCESAL.

La intervención corporal es medio de prueba cuya finalidad consiste en el aporte de objetos de prueba al proceso penal en el que, presidido por los principios de inmediación, concentración, oralidad y contradicción, esos objetos de transformen en prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del investigado. Esta investigación, esta realización de la pericia ha de ser respetuosa para con los derechos del sometido a la misma, so pena de viciar de nulidad lo actuado ex artículo 11.1 LOPJ. De entre todos los derechos

⁴⁴⁴ En relación con el derecho a la salud y la información genética que puede obtener el propio interesado, suscita una cuestión interesante, aunque en la práctica poco o nada frecuente sobre el derecho del particular a obtener su información genética si de la prueba de ADN quedara resuelta su exclusión del hecho delictivo y sus datos nos pasaran a incorporarse a las Bases de datos de ADN. Si bien no específicamente para este caso pero entiendo que sería de igual aplicación GASCÓN ABELLÁN, M. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.; "*Derecho sanitario y bioética cuestiones actuales*". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011. Pág. 327. mantiene que es importante destacar que, en este caso, el derecho del particular a obtener información genética no podría ser limitado sino ante el riesgo cierto de vulnerar los derechos de otros o los bienes constitucionalmente protegidos. Resulta difícil, sin embargo, encontrar ejemplos en los que la obtención de este tipo de información para el conocimiento privado del individuo, o como base para la adopción de decisiones libres, pudiera entrar en colisión con los derechos de terceros pero, si tal fuera el caso, podrían arbitrarse límites proporcionales al fin perseguido y que, en ningún caso, desnaturalizaran el derecho reconocido. Entendemos, pues, que al particular le asiste el derecho a obtener su información genética, no ya para su defensa, cuestión ésta inopinable sino aún en el caso de no ser precisa para la misma.

del justiciable a respetar, destaca el derecho de defensa, trasunto y expresión de todos los que el artículo 24 CE consagra para el afectado⁴⁴⁵.

Veremos a continuación cuáles de estos derechos pueden verse afectados por la intervención corporal y cómo realizarla.

3.1.- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

Los derechos a ser informados de la acusación y a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable, derechos instrumentales del derecho de defensa, han sido desarrollados por la jurisprudencia del TC dotándoles de una significación y alcance autónomos con cierta independencia del derecho al proceso –aun siendo instrumentales de aquél-, otorgándoles un contenido propio.

Así, en la STC 197/1995, de 21 de diciembre se dijo: “La jurisprudencia constitucional ha reconocido como límite ineludible a la potestad sancionadora de la Administración el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la C.E. (LA LEY 2500/1978), que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones (SSTC 77/1983 (LA LEY 205-TC/1984), fundamento jurídico 2.; 74/1985, fundamento jurídico 4.). No puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 de la C.E. (LA LEY 2500/1978) no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido. El ejercicio del ius puniendi del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa, o pueda imputar aquélla, pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo⁴⁴⁶.”

⁴⁴⁵ Art 24.2 CE:” *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.* Esto es, el de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías “

⁴⁴⁶ Interesante al respecto el voto particular emitido por GIMENO SENDRA, que por el citado interés reproduce: “Comparto plenamente la excelente doctrina que esta Sentencia plasma en sus siete fundamentos jurídicos, si bien discrepo de su aplicación (o inaplicación, según se mire) a la norma cuestionada, que se efectúa en su fundamento jurídico 8. y en el fallo que debió ser estimatorio de la presente cuestión de inconstitucionalidad. La razón esencial de mi discrepancia estriba en que, a mi parecer, la mayoría ha transformado el objeto de la cuestión

La STC 36/1983, de 11 de mayo dijo al respecto: “Tanto uno como otro, son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”

Para el Alto Tribunal la realización de una intervención corporal no es contraria al derecho a guardar silencio o a no declararse culpable, ya que el hecho de verse sometido a una prueba no es una verdadera declaración, configurándose como el sometimiento a una modalidad de pericia. Así en la STC 103/85, de 4 de octubre -referido a la prueba de alcoholemia-, dijo⁴⁴⁷: “no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, lo que exige una mínima colaboración, en absoluto equiparable a la declaración comprendida en aquellas”.

Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, corresponden a todo investigado en un proceso penal, lo que implica no sólo la obligación para todos los actores del proceso de respetar su contenido, sino, además, el informar al investigado de sus derechos con el fin de que aquél pueda hacer efectivo ejercicio de aquellos.

Por lo anteriormente expuesto, el derecho a la no autoincriminación despliega sus efectos en otras diligencias –como la declaración por ejemplo-, pero no así respecto a las intervenciones corporales, dado que al tratarse de una modalidad especial de pericia a la que se somete el sujeto, en modo alguno está declarando contra sí.

La doctrina del TEDH⁴⁴⁸ al respecto dice que el derecho a no autoincriminarse está ante todo vinculado al deseo de guardar silencio por parte de la persona acusada de un delito, aunque es comúnmente aceptado

hasta el punto de (para poder aplicar la doctrina que invoca) modificar el contenido de la norma, haciéndole decir lo que no dice. En efecto, el precepto cuestionado establece la obligación que todo titular de un vehículo tiene de «identificar al conductor «responsable de la infracción»”, en tanto que en nuestra Sentencia se afirma que su objeto consiste en «identificar a la persona contra la que se dirige el procedimiento», es decir, abstracción hecha de su calidad de imputado de haber cometido una infracción de tráfico. Ocurre, sin embargo, que el sujeto pasivo de este deber de identificación, según el tenor de las normas, es el conductor «responsable de la infracción», quien, si coincide con el sujeto activo de la obligación (el titular del vehículo), su cumplimiento ha de entrañar la exteriorización de una autoincriminación que, al efectuarse tras la comisión de un ilícito administrativo y en el seno de un procedimiento sancionador, debiera efectuarse con absoluto respeto al derecho fundamental «a no declarar contra sí mismo», del art. 24.2, norma fundamental esta última que, en los fundamentos jurídicos anteriores, hemos declarado plenamente aplicable en todo procedimiento sancionador. La conversión de esta obligación de identificar al autor responsable por la del conductor en el momento de cometer la infracción (y, ¿por qué no la del poseedor del arma en el momento de la comisión del delito?), produce un quiebro en la Sentencia (que debió haber sido estimatoria), tergiversa el objeto de la cuestión y legítima posibilidades legales imprevisibles, frente a los cuales hemos de exteriorizar nuestra respetuosa discrepancia.

⁴⁴⁷ Vid GIMENO SENDRA, VICENTE; *“El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida”*, En Constitución y Proceso. Madrid 1998. Pág. 128

⁴⁴⁸ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 Dic. 1996, de 20 Oct. 1997, de 3 May. 2001 y de 2 Jun. 1993.

que tal derecho no se extiende al uso de materiales que puedan ser obtenidos del acusado utilizando medios coercitivos, los cuales poseen una existencia independiente de la voluntad del sospechoso. En el espacio europeo basta negarse a someterse a la prueba del alcoholímetro para ser compelido a realizar un análisis de sangre, aun utilizando la fuerza coactiva por parte de la policía.

Ahora bien, dado que la presunción de inocencia –como presunción *iuris tantum*–, cederá cuando exista prueba de cargo lícita y suficiente y, habida cuenta que dicha carga ha de soportarla la acusación sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba de los que se pueda derivar una autoincriminación, no se podrá exigir al investigado ningún tipo de colaboración, siendo viable –a mi juicio– equiparar la medida de investigación corporal a una declaración, con el único fin de que no entre en juego el derecho a la no autoincriminación, situación que ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estima las muestras de aliento, sangre u orina y tejidos corporales como fuentes de prueba independiente de la persona del acusado y que pueden ser exigidos incluso utilizando la *vis física* sin que ello pueda ser considerado una compulsión y, por tanto, acorde con el derecho a no incriminarse⁴⁴⁹. Recordemos como lo hace ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER lo que decía el TC con respecto a la prueba de alcoholemia, perfectamente aplicable a los análisis de ADN. “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la CE y que tanto puede dar un resultado favorable como desfavorable. En igual sentido la Decisión núm. 8239/1978 de 4 de diciembre, al indicar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpa, no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que, si fuese negativo, puede exculpar al imputado⁴⁵⁰”.

3.2.- Derecho a la presunción de inocencia.

Más frecuentes en la jurisprudencia constitucional son los choques entre los derechos fundamentales y los poderes de la Administración o del Poder judicial, en cumplimiento, por supuesto, de las finalidades constitucionales que les están encomendadas, entre las que destaca, justamente, la defensa de un modelo de convivencia basado en el respeto a la dignidad de la persona y los derechos que de ella derivan (art. 10.1 CE). Amplia es la jurisprudencia constitucional sobre la proporcionalidad que han de guardar medidas como la privación cautelar de libertad, la intervención de comunicaciones, los registros

⁴⁴⁹ Vid STEDH, 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido, 43/1994/490/672. Consejo de Europa

⁴⁵⁰ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “La prueba de ADN en el proceso penal”. Ed. Comares. Granada 2008. Pág. 125

domiciliarios, las intervenciones corporales, y, por supuesto, la presunción de inocencia, que, como hemos visto, constituye el elemento nuclear del marco constitucional del proceso penal⁴⁵¹. Por todo ello, junto con al derecho a un proceso con todas las garantías, el art. 24.2 CE yuxtapone la presunción de inocencia, que debe ser respetada a lo largo de todo el proceso, a lo largo de todas sus fases e instancias.⁴⁵²

3.3.- Derecho a un proceso con todas las garantías.

Hoy en día resulta pacífico afirmar que no puede haber Estado de derecho, en sentido material, si es que los derechos humanos o fundamentales no son reconocidos y no tienen una vigencia efectiva en la realidad⁴⁵³. De la misma manera, el orden internacional no reflejará un orden justo de convivencia allí donde los derechos humanos no sean protegidos y garantizados. Precisamente con la finalidad de garantizar, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio efectivo de los derechos humanos, los diferentes organismos internacionales regulan una serie de garantías judiciales⁴⁵⁴. Tal reconocimiento constituye un aspecto de primer orden en la protección y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales citados. Si se tiene en cuenta que un sistema de derechos fundamentales vale en la práctica lo que valen sus garantías, la proclamación de las libertades en textos constitucionales o en documentos internacionales no pasa de ser una expresión de buenas intenciones, si es que no un ejercicio de pura retórica, cuando no se les acompaña de mecanismos de protección serios y rigurosos frente a todos y, muy especialmente, frente a los poderes públicos⁴⁵⁵. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos esas garantías conforman lo que se conoce como el “derecho al debido proceso”. A pesar de ser una figura jurídica de larga trayectoria no tiene un contenido uniforme en todas las normas de derecho interno e internacional. Además, está constantemente expuesta a diversas interpretaciones y su contenido se modifica o amplía según las necesidades de cada época, destacando que, al margen de su trascendental importancia para la protección de los derechos humanos, las continuas sentencias emitidas por los órganos regionales de protección de este tipo de derechos demuestran que el debido proceso es uno de los derechos humanos más vulnerados.

El Derecho procesal hace posible la actuación de aquella parte del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Definida la jurisdicción en nuestro ordenamiento interno en los arts. 117 de la Constitución y 2 de la ley Orgánica del Poder Judicial como potestad, el ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de Juzgados y

⁴⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y JARIA I MANZANO, J. (coord.); *“Derecho penal constitucional”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 375

⁴⁵² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.; *“La prueba de ADN en el proceso penal”*. Cit. Pág. 132

⁴⁵³ QUISPE REMÓN, F.; *“El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág. 24

⁴⁵⁴ como la Convención Americana establece en su artículo 8

⁴⁵⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *“Derechos fundamentales”*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1973, p. 167.

Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley. El Derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no tan sólo como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del art. 24 CE, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia⁴⁵⁶. NARVÁEZ RODRÍGUEZ apunta que nuestra CE ha establecido para el proceso penal y a favor del imputado un complejo sistema de garantías, vinculadas entre sí, en su artículo 24, de suerte que cada una de sus fases está sometida exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar en cada estadio de la pretensión punitiva, incluso antes de que el mismo proceso penal comience, la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales y muy en particular el derecho a un juicio justo (artículo 6 CEDH). Pues bien, la función del derecho fundamental a un proceso judicial con todas las garantías es asegurar ese interés público en que la condena penal resulte de un juicio justo, de tal manera que la estricta sujeción del juez a las leyes penales, constituye la primera y más importante garantía del juicio justo, al garantizar a las partes que el juez penal es un tercero ajeno a los intereses en conflicto, neutral y asegura la igualdad procesal entre las partes, pues ha de aplicar la ley procesal, como decimos, de manera igualitaria. La infracción de las normas procesales que regule la realización de la prueba y la hipotética indefensión que pueda originarse devendrá en una vulneración del derecho a un proceso justo y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.⁴⁵⁷ Para completar y asegurar el derecho de defensa durante la instrucción, se ha de garantizar la posibilidad de contradicción al investigado pudiendo éste nombrar sus propios peritos a fin de realizar la prueba de ADN o de contestar el informe pericial que aporten los peritos (de la policía judicial, del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, o incluso del Médico Forense), dichos informes servirán al instructor para formar su convicción y o bien pasar a la fase de juicio oral o archivar la causa contra el investigado. De la misma forma que en la fase de instrucción, y dada la posibilidad de la realización de la prueba pericial en el acto del juicio oral, en el caso de impugnación de los resultados aportados por los peritos designados por el Juez de Instrucción, la defensa ha de poder someter a contradicción dichos resultados, pudiendo solicitar aclaraciones sobre el informe o que se pronuncien sobre extremos que éste no contemple y sean pertinentes para su derecho a defensa, todo ello bajo la inmediación de la sala enjuiciadora⁴⁵⁸. Todo ello muestra un bloque jurisprudencial consolidado, SSTC 217/1989 de

⁴⁵⁶ LORCA NAVARRETE, A.M.; *“El derecho procesal como sistema de garantías”*. Diario La Ley, Nº 5933, Sección Doctrina, 15 de Enero de 2004, Año XXV, Editorial LA LEY

⁴⁵⁷ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.; *“La prueba de ADN en el proceso penal”*. Cit. Pág. 127 con cita de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.; *“ADN e investigación”*. Pág. 51 y ss

⁴⁵⁸ Vid el apartado de la tesis dedicado al carácter de prueba preconstituida de la prueba de ADN en la fase de instrucción. En el caso de que los análisis de ADN se realizaran por el INToxicología y CF, se permite su consideración como prueba preconstituida, sin necesidad de ratificación en el juicio oral si ninguna de las partes impugna dicha prueba en la fase de instrucción hasta las pertinentes calificaciones. También tendremos la oportunidad de ver las particularidades en el apartado correspondiente.

21 de diciembre (GIMENO SENDRA)⁴⁵⁹ y 127/1990 de 5 de julio (Ponente: GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL) y STS 501/2005 de 19 de abril sobre las pruebas periciales y el derecho a su contradicción⁴⁶⁰.

CAPÍTULO IV.- ILICITUD E INEFICACIA DE LA PRUEBA DE ADN.

Partiendo de la definición de JIMÉNEZ ASENJO⁴⁶¹, la prueba puede entenderse: como *fin*, significando la demostración de la verdad o existencia de un hecho; como *medio*, siendo los instrumentos utilizados para lograr aquel

⁴⁵⁹ “Lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SSTC 80/1986, de 17 Jun.; 82/1988, de 28 Abr., y 137/1988, de 7 Jul.); b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (SSTC 80/1986 y 37/1988, aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquellos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 62/1985, de 10 May.), puesto, que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa, y c) no constituyen medios de prueba en si mismo los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 297 L.E.Crim.), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un «objeto de prueba» (SSTC 31/1981 y 9/1984). Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2.º y 727 LECrim, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testimoniales”.

⁴⁶⁰ En cuanto al carácter de prueba preconstituida vid. Sentencia Tribunal Supremo 88/2015, Sala Segunda, de 17 Feb. 2015, STS Sala Segunda, Auto 349/2007 de 22 Feb. 2007, Rec. 10468/2006 Y SSTC 161/1990, 283/1994, 200/1996, 153/1997 y 49/1998.

⁴⁶¹ Vid JIMÉNEZ ASENJO, E.; “*Derecho Procesal Penal, Vol. I*”, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1949, pág. 392

fin; y, como *actividad o función* desarrollada para obtener la certeza moral que aquel fin requiere⁴⁶².

1.-VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR⁴⁶³, en relación con la prueba prohibida, afirma:

a) Que sólo puede hablarse de tal cuando la prueba se consiguió vulnerando los derechos fundamentales recogidos en la sección primera del capítulo 2 del Título I de la CE.

b) Que en todo caso de infracción de las normas procesales hay una violación de los artículos 24.2 y 14 de la CE y por ello existe prueba prohibida.

c) Que no en todos los casos de infracción de un derecho fundamental cabe hablar de prueba prohibida sino que debe ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia han ido adoptando una u otra consideración, evolucionando esta última desde estadios más conservadores hasta adoptar una opción más intermedia como puede ser la última de las consideraciones que establece GONZÁLEZ-CUÉLLAR.

Así, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el TC se decantó por la primera de las opciones, posición apoyada por un sector doctrinal como SAINZ DE ROBLES Y ALBÁCAR⁴⁶⁴. El Tribunal Constitucional optó por dicha opción tras establecer en su sentencia 25/81, de 14 de julio la doble dimensión de los derechos fundamentales: como "*derechos subjetivos de los ciudadanos*" y "*elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*".

Otro sector doctrinal entre el que cabe citar a SILVA MELERO⁴⁶⁵, VESCOVI⁴⁶⁶, DEVIS ECHANDÍA⁴⁶⁷ y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁴⁶⁸

⁴⁶² El Tribunal Constitucional español ha ido perfeccionando paulatinamente su doctrina y, con ello, la aplicación práctica de la llamada prueba obtenida ilícitamente (art. 11.1 LOPJ). Queda fuera ya de toda duda hoy que las consecuencias de la estimación de una prueba prohibida no pueden ser siempre la nulidad del proceso, pues existen casos en los que el descubrimiento inevitable de los hechos hace que solo se produzca la nulidad de la prueba obtenida ilícitamente". Jornadas internacionales sobre *Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal*. Universitat Jaume I de Castellón. 23 a 25 de octubre de 2006- Así decíamos que en el caso de las intervenciones corporales, y entre ellas la prueba de ADN, debían cumplir unos presupuestos formales, materiales y requisitos, y que la infracción de éstos tendría unos efectos, no siempre los mismos y dependiendo de la gravedad del incumplimiento, a la hora de considerar la prueba por el Tribunal Sentenciador

⁴⁶³ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; "*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*". Ed. Colex. Madrid 1990. Págs. 337

⁴⁶⁴ Vid SAINZ DE ROBLES, F. C. y J.L. ALBÁCAR LÓPEZ; "*El derecho a la prueba*", Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Madrid, 1983, p. 601 y ss.

⁴⁶⁵ Vid SILVA MELERO, V.; "*La prueba procesal*.", Revista de Derecho Privado, Madrid 1963 pág. 69

⁴⁶⁶ Vid VESCOVI, E.: "*Teoría General del Proceso*", Editorial Themis, Bogotá, 1984, pág. 345;

⁴⁶⁷ Vid DEVIS ECHANDÍA, H.; "*Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2, 1970, pág. 539

parecieron decantarse por la segunda opción. Finalmente la jurisprudencia impuso la tercera, como más moderada e intermedia entre las otras dos.

En cuanto a las limitaciones de los derechos fundamentales el Tribunal Supremo en Auto de 18 de junio de 1992 (Ponente Ruiz Vadillo) en el “caso Naseiro” advertía que “no se puede obtener la verdad a cualquier precio”, entendiendo que solo resulta permisible dicho descubrimiento cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, estableciendo la exigencia de la restricción de derechos siempre que exista motivación de la medida, y proporcionalidad en la misma, entre el derecho afectado y la intromisión efectuada. Dicho planteamiento tiene su sustento en que los “*derechos fundamentales son derechos de mayor valor*” que el resto de derechos (STC 66/85, de 23 de mayo).

Así, cuando “*el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, en el caso que se analiza el artículo 18.2 CE, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base crítica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza*”⁴⁶⁹. Esta resolución marca el cambio de criterio del TC expresado en su sentencia 114/1984 de 29 de noviembre y lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ “No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Nuestro Tribunal Constitucional en la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, amparaba que dicha exclusión tenía como base nuestra propia Constitución⁴⁷⁰ y tenía como sustento el primero de los apartados que González-Cuéllar apuntaba: la exclusión absoluta. Dicha sentencia, la 114/84, influyó de manera determinante en la redacción del actual art.11.1 de la LOPJ del 85, pues según aquella la recepción procesal de la prueba prohibida “*vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías y entrañaría una inaceptable desigualdad entre las partes*”, lo que hizo la recepción de esta consideración en la publicación de la citada ley.⁴⁷¹

Hasta la sentencia citada⁴⁷², el derecho que se entendía vulnerado era el

⁴⁶⁸ Vid LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; “*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*”. Ed. Akal /iure, Madrid 1989. pág. 84

⁴⁶⁹ STS 29 de marzo de 1990.

⁴⁷⁰ Vid DE LA OLIVA SANTOS, A.; “*Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*” Tribunales de Justicia, núm. 8-9. Agosto-septiembre 2003. Págs. 4-6. Efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación penal que el TS fijaba como finalidad de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo en el proceso penal, además de otorgar la máxima protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, en el seno del proceso. Reflejo jurisprudencial en las STS 290/99 de 17 de febrero o Auto TS 378/2006, de 26 de enero

⁴⁷¹ STC 114/84 de 29 de noviembre.: “Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la CE) implicando también una confirmación inaceptable institucional de la desigualdad entre las partes del juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales del otro” (FJ 5)

⁴⁷² Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación

principio de presunción de inocencia, cuestión que, como advierte GIMENO SENDRA, no es “baladí”, pues tratándose de la presunción de inocencia de un vicio “*in iudicando*”, el restablecimiento de este derecho lo efectuará el propio Tribunal Constitucional mediante la anulación de la sentencia de instancia, mientras que el proceso con todas las garantías que ahora se propone, se constituye como vicio “*in procedendo*”, con lo que su restablecimiento no comportará una sentencia absolutoria del condenado, sino la nulidad del juicio oral y la retroacción de las actuaciones⁴⁷³.

El Tribunal Constitucional estableció de esta manera la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales⁴⁷⁴, reiterando en numerosas sentencias que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales, pues, de darse dicha valoración o la valoración de otras pruebas que sean consecuencia de dicha vulneración, se puede lesionar no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también el de la presunción de inocencia en el caso de que la condena se fundamente exclusivamente en tales pruebas sin que exista otra prueba de cargo.

Ahora bien, dicho Tribunal fue atemperando la posición radical primigenia de proscripción de toda prueba ilícita para llegar a pronunciamientos como los de la sentencia del TC 64/86, en la que sentaba las bases de la discusión sobre la “licitud de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales se refiere al momento de su obtención, no a la producida en su admisión al proceso o de su práctica en él pues los problemas derivados de estas últimas cuestiones se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión”. Lo anterior, para advertir además en su STC 81/1998⁴⁷⁵, de 2 de abril que “aunque la prohibición de valorar en juicio

del delitos. Cit. Cap. II: Concepto de prueba ilícita en el art. 11.1 LOPJ

⁴⁷³ Vid GIMENO SENDRA, V.: “La prueba preconstituida de la policía judicial”. Cit. Pág. 62 y ss. Hasta el año 1999 la jurisprudencia del TC venía subsumiendo el restablecimiento de este derecho a través de la presunción de inocencia. A partir de la STC 49/1999 suele efectuar dicha subsunción dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, si bien no faltan fallos que todavía lo incluyen en la presunción de inocencia. La cuestión no es baladí, pues, tratándose la infracción de la presunción de inocencia de un vicio *in iudicando*, el restablecimiento de este derecho fundamental lo efectuará el propio TC mediante la anulación de la sentencia de instancia, lo que equivaldrá a una sentencia absolutoria. Pero, de sostener la segunda tesis, que encierra un vicio *in procedendo*, dicho restablecimiento no ocasionará la absolución del condenado, sino la nulidad del juicio oral y la retroacción de las actuaciones a fin de que, al inicio de las sesiones, en la comparecencia previa del proceso penal abreviado, el tribunal decida admitir otra prueba válida de cargo propuesta por la acusación, de cuya práctica y valoración dependerá la absolución o condena del acusado.

⁴⁷⁴ Vid MORENO CATENA, V.: “Fiscalía europea y *derechos fundamentales*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Cit. Págs. 139. En definitiva, las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no pueden ser utilizadas por la Fiscalía, pero tampoco serán admisibles si es el acusado quien las pretende incorporar al proceso.

⁴⁷⁵ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “*Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003. Epígrafe: 1400. Actos de investigación susceptibles de violar un derecho fundamental. control jurisdiccional. Se impone una necesidad de desglosar los denominados requisitos de naturaleza jurisdiccional, con el fin de precisar el grado de *ilicitud* que desprenden determinadas irregularidades judiciales cometidas durante la intervención de estos derechos fundamentales, que merecen ser

pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente lo imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el estado de derecho que la Constitución insta, exige que los actos que lo vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso”. Quedaba, así, en un principio, proscrita para el Tribunal Constitucional la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y aquellas que fueran consecuencia de dicha vulneración, pues, en caso contrario, se lesionaría, además del derecho al proceso con todas las garantías, el derecho a la presunción de inocencia en su manifestación de no poder ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Ahora bien, dicha presunción de inocencia no quedaría desvirtuada en el caso de que la sentencia se hubiera basado en otras pruebas de cargo válidas e independientes⁴⁷⁶. Vemos que, para el Tribunal Constitucional, los problemas que se plantean con las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales “se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión”⁴⁷⁷, y el derecho de defensa, que ha de ejercerse con igualdad de armas⁴⁷⁸, se ve quebrantado cuando se produce indefensión efectiva, no pudiendo entonces tomarse en cuenta la pruebas obtenidas irregularmente. Para que exista indefensión, debe haberse producido una infracción de las normas procesales que haya supuesto “una privación o limitación del derecho de defensa”⁴⁷⁹. Siguiendo a DE VEGA RUIZ “sólo podrá tener relevancia constitucional por provocar indefensión, aquella denegación que siendo solicitada en tiempo y forma oportunos, no resultase razonable y privase al solicitante de un medio de defensa necesario para probar sus alegaciones (...) Únicamente la denegación de una prueba pertinente origina indefensión”⁴⁸⁰

El cambio de criterio operado por el Tribunal Constitucional se establecía sobre la base de la posición preferente de los derechos fundamentales, dada su condición de inviolables (art. 10.1 CE). Así, nuestro Alto Tribunal sostiene la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, si se han valorado pruebas prohibidas o derivadas y, a la vez, la no infracción del principio de presunción de inocencia, si la condena se ha basado en otras pruebas de cargo válidas e independientes (STC 81/1998). En nuestra doctrina se emplean términos como prueba prohibida, prueba ilegal, prueba

condenados con la forma de nulidad más agresiva que ofrece nuestro ordenamiento en la materia, a saber, la del artículo 11.1 LOPJ.

⁴⁷⁶ STC 81/98 de 6 de mayo, que resuelve sobre el derecho a un proceso con todas las garantías y un derecho a la presunción de inocencia.

⁴⁷⁷ STC 21 de mayo de 1986

⁴⁷⁸ STC 9 de diciembre de 1987 y STEDH de 21 de octubre de 1986 y 30 de marzo de 1989

⁴⁷⁹ SSTC 211/2001 de 29 de octubre y 48/84 de 4 de abril

⁴⁸⁰ Vid DE VEGA RUIZ, J.A.; *“El proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial”*. Ed. Colex. Madrid. 1994. Pág. 131 y ss. También cobra notoria importancia la remisión de alguna sentencia, en consonancia con la nueva línea jurisprudencial como la STS de 2 de junio de 1995, en un caso de declaración de un imputado prestada sin letrado por su renuncia, entiende que se da una situación de indefensión que debe determinar la falta de validez probatoria, remitiendo dicha proscripción a lo dispuesto en el art. 238.3 LOPJ. (incluye en esa consideración el no ser informado de sus derechos o comparecer en calidad de imputado sin ser advertido de la figura procesal)

ilícita o ilícitamente o ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada o prueba irregular, entre otras muchas; pero no sólo se trata de diferencias terminológicas, como advierte MIRANDA ESTAMPRES, pues dichas diferencias encierran verdaderas “divergencias conceptuales”⁴⁸¹.

GIMENO SENDRA habla de prueba ilícita como aquella que infringe cualquier ley, incluso con carácter de ley ordinaria, y prueba prohibida sería la surgida como consecuencia de la violación, en su adopción o su ejecución, de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales del imputado, diferenciándose por sus efectos (nulidad de actuaciones en el primer caso; prohibición del resultado probatorio en el segundo)⁴⁸². MORENO CATENA con CORTÉS DOMÍNGUEZ denominan prueba ilícita a la obtenida con infracción de ley procesal, sin que resulte afectado el contenido esencial de un derecho fundamental⁴⁸³. En caso contrario, estaríamos ante una prueba prohibida, siguiendo la concepción de GIMENO SENDRA, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 11. LOPJ. La jurisprudencia la intitula prueba ilícita, denominando a la anterior simplemente irregular⁴⁸⁴.

El Tribunal Constitucional circunscribe la ilicitud probatoria en los mismos términos que GIMENO SENDRA cataloga como prohibidas, es decir, aquellas que se obtienen con infracción de derechos fundamentales. Dicha línea jurisprudencial la siguió el TS en el Auto de la Sala 2ª de 18 de junio de 1992, caso Naseiro: “nadie niega en España la posibilidad constitucional y legal de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. Por ello, solo la prueba prohibida puede dar lugar a la prohibición de su valoración. No toda infracción legal puede tener dicha consecuencia. Según la citada Sentencia dicha sanción queda vedada a aquellas con vulneración de los derechos considerados fundamentales por nuestra Constitución”⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Vid MIRANDA ESTAMPRES; “*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*”. Ed. Bosch. Barcelona 1997. Pág. 16.

⁴⁸² Vid GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal penal*”. Cit. Pág. 751

⁴⁸³ Vid MORENO CATENA, V.; “*Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*” Cit. Pág. 131 y ss.

⁴⁸⁴ El TC en su sentencia 114/84 citada, determinó la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales. Dicha inadmisibilidad se basaba en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables. Una vez advertida la citada violación de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, su recepción procesal implicaría una ignorancia de las garantías propias del proceso y una vulneración del art 24.2 de la CE, introduce un desequilibrio en el principio de igualdad de armas de las partes (art. 14 CE) lo que implicaba el impedimento de considerar válida dicha prueba. Así lo avala la STC 49/1996: «una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas... se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria. Al no proceder así la audiencia Provincial de Barcelona y la sala segunda del tribunal supremo, resultó violado el derecho a la presunción de inocencia del peticionario de amparo» (FJ 5).

⁴⁸⁵ Ahora, acreditado lo anterior, el TS ha establecido, también, en la STS 2493/1990, de 29 de marzo en su f.j.2, que “cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando

2.- DETERMINACIÓN JURÍDICO-PROCESAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA E ILÍCITA.

2.1.- La prueba prohibida e ilícita en el ordenamiento interno.

Tanto del artículo 11.1 LOPJ como de la STC 114/84, se deriva la proscripción de la prueba prohibida, lo que supone una regla de exclusión -no solo de admisión- y también de valoración en el proceso⁴⁸⁶.

BAYARRI GARCÍA sostiene que la prueba obtenida -o introducida- en el procedimiento penal vulnerando derechos fundamentales es nula de pleno derecho⁴⁸⁷; sin embargo, el art. 11.1 LOPJ no sanciona con nulidad el acto procesal en virtud del cual se introduce en el proceso el elemento probatorio obtenido con lesión de un derecho fundamental, sino que se limita a privar a dicho acto de eficacia probatoria. La consecuencia es pues su ineficacia o inutilizabilidad.

MIRANDA ESTAMPRES siguiendo dicha línea prefiere seguir la doctrina italiana de *inutilizzabilità* de la prueba ilícita (art.191 CPP) en vez de nulidad⁴⁸⁸. Para este autor, el art. 11.1 LOPJ no ha zanjado definitivamente el debate acerca de la inutilizabilidad de las pruebas ilícitas, determinando que las discrepancias doctrinales surgen en relación a las denominadas pruebas irregulares o ilegales, y por tanto, en orden al carácter o naturaleza de la norma

la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza". Vemos, como en dicha sentencia no se descarta el que la ilicitud pueda tener su origen en otros supuestos distintos a la violación de derechos fundamentales, aunque limita los efectos de nulidad radical y de ineficacia procesal a los casos de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

⁴⁸⁶ STS 448/1997, de 4 de marzo. El art. 11.1 de la LOPJ sanciona "en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación penal "deterrence effect". La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de ese modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. (...). Los frutos del árbol envenenado deben estar y están (art. 11.1 LOPJ) jurídicamente contaminados"

⁴⁸⁷ Vid BAYARRI GARCÍA; "La prueba ilícita y sus efectos. La restricción de derechos fundamentales de la persona en el proceso penal". Cuadernos de Derecho Judicial 1993". Pág. 424

⁴⁸⁸ Vid MIRANDA ESTAMPRES; "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Ed. J.M. Bosch. Madrid. 1984.Pag. 92

vulnerada.

Todo ello en la línea primigenia de aquel sector doctrinal (SILVA MELERO, VESCOVI Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA) que proscribía la eficacia de la prueba que se hubiera obtenido infringiendo cualquier norma procesal, incluso la obtenida vulnerando derechos no fundamentales o leyes ordinarias.

A esta postura mantenida por este sector doctrinal, se opuso otra como la de JORGE BARREIRO para el que: “no toda infracción de una norma procesal puede subsumirse dentro de las garantías a que alude el art. 24.2 de la CE pues ello nos llevaría a constitucionalizar cualquier formalismo procesal de escasa relevancia” por lo que sólo tendrá “relevancia constitucional la infracción de una norma infraconstitucional que suponga una limitación en algún aspecto del derecho de defensa de las partes, y la exclusión o aminoración en el curso de la actividad probatoria de alguna de las garantías que afectan a un derecho fundamental sustantivo”⁴⁸⁹.

Defender dicha tesis a ultranza nos llevaría al absurdo, pues provocaría la nulidad de casi todos los procesos ya que en casi todos ellos se puede dar una vulneración que no sea relevante (p.ej.: la falta de presencia judicial en una autopsia, etc.).

En esta línea, GONZÁLEZ-CUÉLLAR opina que puede resultar un tanto excesivo concluir que toda infracción de normas procesales determine una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en cuanto daría lugar a una constitucionalización de los formalismos, aunque también puede resultar demasiado restrictivo considerar que sólo la valoración de una prueba obtenida o practicada con lesión de un derecho fundamental, afecta a los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Vid JORGE BARREIRO, A.; *“La prueba ilícita en el proceso penal”*. Plan Territorial de Extremadura. CGPJ 1992.

⁴⁹⁰ Citado por MIRANDA ESTAMPRES, M.: “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”. Bosch Editor. Barcelona 2004. Págs. 74-75. Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Ed. Colex 1990. Págs. 339.340. Este autor siguiendo los postulados defendidos en la doctrina alemana por Roxin acepta como principio general que la vulneración de un derecho fundamental (artículos 14 a 29 CE) en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante y en otros supuestos en que no resulta infringido ningún derecho fundamental sino los que se vulneran exclusivamente normas de rango ordinario deberá ponderarse la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto. Atender a los intereses involucrados en el caso concreto significa aceptar que en muchas ocasiones el desconocimiento de los formalismos procesales no conlleva la imposibilidad de valoración de la prueba, si en tales supuestos la infracción legal no supone vulneración de un derecho a un proceso con todas las garantías o del derecho a la igualdad de las partes. (...) La solución afirma habrá de ser adoptada a la vista de los intereses en conflicto según las circunstancias del caso concreto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad. En igual sentido PAZ RUBIO, J. M^a.: “La prueba en el proceso penal” Cuadernos de derecho judicial, C.G.P.J. Madrid, 1992. Pág. 229 sigue idéntico criterio para ciertos supuestos en los que no resulta infringido ningún derecho procesal superprotegido, sino que se vulneran exclusivamente normas de rango ordinario. Puede existir desde una perspectiva constitucional prohibición de valoración de la prueba por infracción del derecho un

PASTOR BORGONÓN defiende la regla de la exclusión únicamente a las pruebas directas, sin que alcance a las reflejas⁴⁹¹.

Para GIMENO SENDRA sin embargo, la doctrina de la eficacia refleja constituye no sólo uno de los medios más eficaces para la tutela de los derechos fundamentales sino también para proteger al sistema democrático frente al posible surgimiento de los denominados Estados de Policía o autocráticos que, en nombre del orden público o de la eficacia en la lucha contra la delincuencia, suelen acabar cometiendo las mayores violaciones de los derechos humanos⁴⁹².

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pronunció al respeto – por todas Sentencia 408/2003 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 04/04/2003 ponente Julián Sánchez Melgar-. En su fundamento de derecho segundo establece: "(...) la razón de esta exigencia, se afirma en la STC 114/1984, «se encuentra en la posición preferente de los derechos fundamentales, en su condición de inviolables y en la necesidad de no confirmar sus contravenciones, reconociéndoles alguna eficiencia»⁴⁹³. En igual

proceso con todas las garantías o a la igualdad de las partes lo que deberá estudiarse caso por caso.

⁴⁹¹ PASTOR BORGONÓN, B.: "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas" Cuadernos Ministerio de Justicia 2/1986. Madrid. pág. 356 y ss. Según el citado autor la doctrina de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y del derecho a la prueba, puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo desprotección social, fomenta las actuaciones fraudulentas por parte del investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad, además entiende que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituye suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales.

⁴⁹² Vid GIMENO SENDRA, V.; "*Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*". Diario la Ley núm. 4024, de 26 de abril de 1996. Cit. Pág. 1622. En igual sentido vid DE LA OLIVA SANTOS, A.; "*Sobre la ineficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente*" Cit. pág. 199 y 200. Los fines de un proceso prevalecen sobre la efectividad de los derechos fundamentales", aunque contempla la posibilidad de considerar que ciertas infracciones jurídicas deben conllevar no sólo sanciones directas (civiles, penales o de ambas clases), sino también la consecuencia negativa de eliminar el valor procesal de lo que, en sí mismo constituiría un elemento probatorio, supone contar con armas más completas y efectivas contras las merítadas infracciones. La STS 2493/1990, de 29 marzo exige "que se haga una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza" (teoría de los intereses en juego).

⁴⁹³ También la STC 111/2011 de 04 de julio. Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.: Tal como pone de relieve este Tribunal en su STC 69/2001, de 17 de marzo, "la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental". En efecto, "desde la STC 114/1984 , de 29 de noviembre , este Tribunal ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984 , de 29 de noviembre; 107/1985 , de 7 de octubre; 64/1986 , de 21 de mayo; 80/1991 , de 15 de abril; 85/1994 , de 14 de marzo; 181/1995 , de 11 de diciembre; 49/1996 , de 26 de marzo; 81/1998 , de 2 de abril, y 49/1999 , de 5 de abril). La interdicción de la admisión de la *prueba prohibida* por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). Para decirlo con las

sentido la STC 81/1998 resaltó que “la valoración procesal de las *pruebas* obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (TEDH, caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de derecho I A), debe considerarse prohibida por la Constitución”. En este mismo sentido, la STC 49/1999 concluye el razonamiento señalando que “es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados, cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos” (en igual sentido SSTC 49/1996, 127/1996, 17/1997, 81/1998 y 94/1999, entre otras).

La doctrina se muestra dividida al respecto. Para un sector entre los que destacan DE LA OLIVA SANTOS⁴⁹⁴, o CLIMENT DURÁN⁴⁹⁵, el art. 11.1 de la LOPJ establece la invalidez de las pruebas para solo aquellas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. De esta manera, estando encaminado el proceso a la búsqueda de la verdad, dicha vulneración no ha de conducir a la negación de la evidencia y a la eliminación de elementos esenciales en la fundamentación de la decisión judicial, pues la misma puede derivar en una conculcación del *derecho* a la tutela judicial efectiva, excluyente de la indefensión⁴⁹⁶. Así si la prueba se obtiene de forma ilícita pero sin afectar a los derechos fundamentales, se admitiría su validez y eficacia.

Para otro sector, sin embargo, existe una concepción casi absoluta del derecho de prueba, considerando protegido lo que se denomina la “prueba legal”, es decir, aquella practicada y obtenida conforme a todas las garantías legales. Para dicho sector entre los que se encuentra LÓPEZ BARJA DE

palabras expresadas en la STC 114/1984, antes citada, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro.” (FJ 26).

⁴⁹⁴ Vid DE LA OLIVA SANTOS, A.; “*Derecho Procesal. Introducción*”. Cit. pág. 441 (También en la obra Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales, Ed. Mc Graw Hill, 1996).

⁴⁹⁵ Vid CLIMENT DURÁN, C.; “*La prueba penal*”. Cit. Pág. 423. Conexión de antijuridicidad: para que no tenga valor probatorio la confesión del acusado, producida con posterioridad a una diligencia de investigación declarada nula, han de concurrir varios requisitos: que esa originaria ineficacia probatoria de la diligencia de investigación sumarial derive de una infracción constitucional, no de una vulneración de la legalidad ordinaria; que haya una relación o conexión causal de ilicitud o antijuridicidad entre la infracción constitucional y la confesión del acusado; y que éste haya realizado su confesión sin saber la previa *invalidez* de la diligencia de investigación sumarial. Si todos estos requisitos concurren, puede decirse que su confesión no fue verdaderamente libre o voluntaria, por lo que carecerá de valor probatorio. Pero si sucede todo lo contrario, la confesión del acusado será libre y podrá ser valorada como *prueba* de cargo.

⁴⁹⁶ Vid PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.; “*Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol. I*”. Ed. Aranzadi. Navarra 1985. Pág. 759. En igual sentido MUÑOZ SABATÉ, L.; “*Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*”. Ed. Wolters Kluwer. 4ª Ed., Barcelona, 1993, Págs. 78 a 80).

QUIROGA⁴⁹⁷, es indiferente que el derecho violentado tenga el rango constitucionalmente determinado de fundamental o no, basándose en que lo dispuesto en el art. 24 de nuestra carta magna es la utilización de medios de prueba pertinentes para su defensa, entre los que, obviamente, no pueden considerarse incluidos aquellos que se obtienen violentando los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce. También RAMOS MÉNDEZ⁴⁹⁸ considera que se parte de la consideración de las normas procedimentales como cauces que exceden de los meros requisitos formales, apareciendo como auténticas garantías del proceso⁴⁹⁹. Este sector basa su posición en el hecho de que la CE reconoce como derecho fundamental el derecho a un proceso con todas las garantías, y éste no podría considerarse así si se permitiese a las partes acusadoras la introducción de pruebas que se obtuvieran ilícitamente. Para éstos, cabe reconducir las infracciones procedimentales a la vulneración del proceso debido, que ostenta carácter *fundamental*, de conformidad con el artículo 24.2 CE⁵⁰⁰. En igual sentido MIRANDA ESTAMPRES⁵⁰¹, entiende que las normas procesales penales que regulan la forma de obtención y/o producción de prueba se configuran, según la doctrina del Tribunal Supremo⁵⁰² en normas de garantía, otorgándoles a su infracción el mismo valor que si se tratara de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, acarreando la prohibición de valoración de la prueba, no por el derecho a un proceso con todas las garantías, sino porque la valoración de dichas pruebas irregulares, de ser las únicas, conllevaría una vulneración del principio de presunción de inocencia, principio que ha de reputarse como derecho fundamental.

La jurisprudencia, finalmente alineada con otro sector de la doctrina, se inclina por una situación intermedia entre una y otra postura, haciendo depender, en cada caso concreto, los intereses en conflicto en función de la trascendencia de la norma infringida, tras efectuar lo que denomina un juicio de proporcionalidad. De dicha línea doctrinal tenemos que destacar a GONZÁLEZ-CUÉLLAR⁵⁰³, quien sostiene que puede resultar un tanto excesivo concluir que

⁴⁹⁷ Vid LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”. Cit. pág. 156

⁴⁹⁸ En el mismo sentido que el autor anterior CARRERAS LLANSANA, J.; “Proceso, guerra y juego”. Estudios de *Derecho Procesal*, Ed. Bosch. Barcelona, 1962, p. 72

⁴⁹⁹ Vid RAMOS MENDEZ, F.; “*Derecho y Proceso*”. Ed. San Antonio de Calonge: Hijos de José Bosch, Gerona, 1979, pp. 43 y 44

⁵⁰⁰ Vid LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, L.; “*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*”. Cit. Págs. 83-84. En igual sentido CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “La prueba videográfica en el proceso penal: Validez y límites”, Cuadernos Poder Judicial, 1995, p. 55.

⁵⁰¹ Vid MIRANDA ESTAMPRES, M.; “*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*”. Op. cit. Pág. 76

⁵⁰² STS 945/1992, de 10 de febrero. “Los requisitos que ha establecido el legislador para una mayor garantía de los actos procesales de obtención de pruebas no están a disposición de los funcionarios que las realizan, sino que deben ser cumplidos por éstos aunque no estén dispuestos directamente por la CE. En efecto, también las leyes ordinarias son obligatorias y su infracción debe tener consecuencias jurídicas tanto procesales como personales para quienes las infringen”.

⁵⁰³ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”. Op. Cit. Pág. 339. Este autor entiende que la posición intermedia tendría su soporte normativo en los supuestos de pruebas irregulares o defectuosas, o según la nomenclatura de GIMENO SENDRA pruebas ilícitas, en el art. 238.3º LOPJ que prevé la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total y absolutamente de las normas

toda infracción de las normas procesales determine una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en cuanto daría lugar a una constitucionalización de los formalismos y, por otro lado, puede resultar demasiado restrictivo considerar que sólo la valoración de una prueba obtenida o practicada con lesión de un derecho fundamental afecta al derecho a un proceso con todas las garantías. De esta forma este autor considera que la vulneración de un derecho fundamental en la aportación de material probatorio al proceso, o en la práctica de la prueba, impide la valoración de la misma, y en aquellos supuestos en los que se vulneran normas de rango ordinario -siguiendo la nomenclatura de prueba ilícita de GIMENO SENDRA-, deberá atenderse la trascendencia de la infracción penal, atendiendo a los intereses en conflicto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad. Este parece ser el criterio seguido por el TS recogido en la STS 29 de marzo de 1990 en el que compele a *“una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”*, lo que marca el camino del control de los intereses en conflicto y del principio de proporcionalidad.

2.2.- La prueba prohibida e ilícita según el TEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵⁰⁴ desarrolla su doctrina sobre la admisibilidad de las pruebas ilícitas en la Sentencia de 12 de julio de 1988 (caso SCHENK contra SUIZA)⁵⁰⁵, invocando el derecho al proceso justo recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual: *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”*. Utiliza el TEDH una solución intermedia, descartando la posibilidad de prohibir la admisión de una prueba conseguida ilegalmente, cuestión que reserva para el derecho interno de los Estados, entrando a valorar únicamente si el proceso, estudiado en su totalidad, pudiera considerarse o no justo.

El asunto giraba sobre la aportación en juicio de una conversación obtenida ilegalmente, dado que el sujeto que la grabó no contaba con la preceptiva autorización de sus intervinientes, requisito éste necesario según la

esenciales del procedimiento establecido por la ley, o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectivamente indefensión.

⁵⁰⁴ No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas --por ejemplo, las practicadas *ilícitamente*-- pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la *prueba*, fue equitativo, lo que implica un examen de la «ilegalidad» en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la misma (ver, concretamente, Sentencias Khan contra Reino Unido [TEDH 2000, 132], núm. 35394/1997, ap. 34, TEDH 2000-V, P. G. y J. H. contra Reino Unido [TEDH 2001, 552], núm. 44787/1998, ap. 76, TEDH 2001-IX, y Allan contra Reino Unido [TEDH 2002, 64], núm. 48539/1999, ap. 42, TEDH 2002-IX)

⁵⁰⁵ Vid SÁNCHEZ YLLERA, I.; *“La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos.”* Revista Teoría y Derecho. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Diciembre 2013.

ley suiza, dicha ilegalidad era reconocida por el estado suizo, pero estimando éste que “el interés público en conocerse la verdad de un delito sobre la muerte de una persona debía prevalecer sobre el interés de Schenk, sujeto sobre el que recaía sentencia condenatoria, en mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad”.

Pues bien, en el presente caso el TEDH considera no lesionados el derecho de defensa del recurrente, pues aunque Schenk era conocedor de la ilegalidad de la grabación, pues no había sido decretada por un Juez ni contaba con el permiso de los intervinientes, éste no había impugnado su autenticidad ni lo había hecho sobre su uso en juicio. Dejó pasar la posibilidad de interrogar a la persona que la había efectuado. Pero lo más determinante para la relevancia del TEDH fue que ésta no fue la única prueba en la que basó su condena.

Los votos particulares de cuatro de los magistrados que dictaron la sentencia, con cuya opinión no podemos estar más de acuerdo, advirtieron que mal casa la admisión de una prueba ilegal con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁶.

Dicha doctrina es reiterada hasta la actualidad por el TEDH, entre otras sentencias destacar la del caso Khan contra el Reino Unido de 12 de mayo de 2000, en la que se desestima la invocada vulneración del derecho a un proceso justo. Establece nuevamente el Tribunal que no le corresponde determinar, como cuestión de principio, qué tipos de pruebas concretas pueden ser admitidos o si un demandante es culpable. Al Tribunal sólo le corresponde decidir si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo o no, además de advenir si en el seno del proceso dicha prueba fue sometida a contradicción.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 6 de enero de 2010 también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la solicitud de prueba ilícita instada en nuestros tribunales en el asunto Vera Fernández-Huidobro vs España. Considera que las jurisdicciones internas motivaron ampliamente la condena del demandante, fundada exclusivamente sobre las pruebas examinadas en el acto del juicio, después de haber estudiado en particular sus alegaciones relativas a las pruebas ilícitas. Respecto a las declaraciones de coimputados, el Gobierno se refiere, frente a las alegaciones del demandante relativas a las presiones que habrían sido ejercidas sobre ellos, a los pasajes de la Sentencia del Tribunal Constitucional donde se indica que estas declaraciones han sido reiteradas delante del Juez delegado de Instrucción del Tribunal Supremo, y examinadas en audiencia contradictoria, respetando los principios de inmediación y de oralidad.

La propuesta de Reglamento de creación de una Fiscalía Europea (COM 2013 534 final)⁵⁰⁷, representa un paso más en la unificación de normas

⁵⁰⁶ Vid MORTE GÓMEZ, C.; “Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Condiciones de admisibilidad y modificaciones recientes del procedimiento”. Epígrafe: I. El Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos 2ª Edición. Pág. 24. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014. Es este Tribunal el único mecanismo jurisdiccional internacional de protección de los *derechos* humanos en el que el individuo tiene legitimación activa para presentar demandas contra el Estado al que se reputa la *violación* de un *derecho* fundamental.

⁵⁰⁷ Vid MORENO CATENA, V.; “Fiscalía europea y derechos fundamentales” Cit. Pág. 41 y ss

europas en materia penal, aunque esto se hace sobre el mínimo común europeo, como lo acreditan las sentencias de la Gran Sala del TJUE de 26 de febrero de 2013 - casos Melloni y Åkerberg Fransson-, decidiendo que prima el derecho de la UE sobre las mayores garantías establecidas por las normas estatales. La investigación de los delitos contra los intereses financieros de la UE se encomienda en exclusiva a la Fiscalía, una institución que se proyecta como fuertemente jerarquizada, a cuyo frente estaría un Fiscal Europeo⁵⁰⁸.

2.3.- La prueba prohibida e ilícita en la jurisprudencia nacional.

La jurisprudencia propone resolver caso por caso en función de la distinta naturaleza de las pruebas, obligando a diferenciar entre las diferentes clases de nulidades como consecuencia de la prueba prohibida. Así, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 114/1984 por todas) y, desmenuzando el artículo 11.1 LOPJ, tendríamos⁵⁰⁹:

a) *No surtirán efecto.*

DÍAZ CABIALE entiende que se trata de una prohibición de admisión⁵¹⁰, mientras que ROVIRA CANTO estima además la no valoración por el Juez⁵¹¹. La Sentencia de referencia (114/1984) habla de la regla de exclusión, que implica no sólo la prohibición de admisión, como auténtico mecanismo de ineficacia, sino también una prohibición de valoración de la misma. Dicha regla de exclusión se limita a los supuestos de violación de los derechos de la sección 1ª, del capítulo segundo, del título I de la CE (arts. 15 a 29), además del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la objeción de conciencia (art. 30 CE). Además un sector de la doctrina, entre los que destacan DÍAZ CABIALE, MARTÍN MORALES y CABEZUDO RODRÍGUEZ⁵¹², admite que dentro del concepto de derechos fundamentales se incluyan aquellos del

Conforme dispone el artículo 86.2 del TFUE, "La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos". Así pues, la norma de referencia, que es el Tratado, ha establecido ya el marco en que se habrá de desenvolver la FE: la competencia para el descubrimiento de los responsables de los delitos y para la incoación de un procedimiento penal, así como para formular acusación.

⁵⁰⁸ Vid MORENO CATENA, V.; *"Fiscalía europea y derechos fundamentales"*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014 Documento TOL4.544.607

⁵⁰⁹ Vid MIRANDA ESTAMPRES, M.; *"El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal"*. Ed. JM Bosch. 2ª ed. Barcelona 2004. Pág. 68 y ss.

⁵¹⁰ Vid DÍAZ CABIALE, J. A.; *"La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal"*. Cuadernos CGPJ, 1992

⁵¹¹ Vid ROVIRA CANTÓ, M. P.; *"La prueba ilegítimamente obtenida, plan provincial de Girona"*. CGPJ, 1992

⁵¹² Vid CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.; *"Licitud y regularidad probatoria. La ineficacia de la prueba"* Rev. Doctrina y Jurisprudencia núm. 8. 2000. Pág. 78 y ss.

capítulo segundo del título I (art. 14 a 38 CE), pues también tienen la consideración de derechos fundamentales, aunque en ellos no quepan las concretas vías de protección de la CE⁵¹³.

b) *Las pruebas obtenidas.*

También debemos valorar lo que se entiende por obtención⁵¹⁴. El TC volvió a pronunciarse sobre este tema en su STC 64/1986, de 21 de mayo, acerca de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, estimando que “únicamente era aplicable a la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas”. Así, según esta interpretación, el art. 11.1 de la LOPJ queda circunscrito a las violaciones de derechos fundamentales producidas durante la fase de instrucción sumarial. Cuando dicha vulneración tenga lugar en el momento de la admisión de la prueba o de su práctica en el juicio oral, será de aplicación el art. 283.3º LOPJ que condiciona la nulidad de actuaciones a la producción de efectiva indefensión. De esta forma, en supuesto de patente claridad de la vulneración debe rechazarse la admisión de la prueba, en caso contrario puede admitirse, practicarse y valorarse en sentencia. El argumento del TC según el cual la infracción de derechos fundamentales durante la fase probatoria (proposición, admisión y práctica), no puede ser alegada vía art.11.1 LOPJ, debiéndose acudir a la nulidad de actuaciones del art. 283.3º LOPJ no es carente de consecuencias prácticas⁵¹⁵.

c) *Directa o indirectamente*

Es decir aquellas que se obtengan de forma directa, de primera mano, o

⁵¹³ Vid DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R.; “¿Es proyectable el art. 11.1 de la LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”. La Ley núm. 4445 de 14 de diciembre de 1997. Pág. 3

⁵¹⁴ Vid CARAZO LIÉBANA, M.J. y RUIZ-RICO RUIZ, G.; “El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013. Documento TOL3.019.532 En este sentido, hemos afirmado la exigencia de que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y (...) un procedimiento en el que (...) tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga (SSTC 18/1981, 2/1987, 229/1993 y 56/1998), la vigencia del derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa (SSTC 12/1995, 120/1996, 127/ y 83/1997), del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de una determinada prueba (STC 39/1997), así como la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 127/1996). Igualmente, son de aplicación los derechos a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados (SSTC 31/1986, 29/1989, 145/1993, 297/1993, 195/1995 y 120/1996), y a la presunción de inocencia (SSTC 76/1990, 120/1994, 154/1994, 23/1995, 97/1995, 14/1997 y 45/1997) el derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa, o la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Igualmente, son de aplicación el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados. STC 18/1981 de 8 de junio Fundamento Jurídico 2

⁵¹⁵ Vid PASTOR BORGONÓN, B.; “La prueba ilegalmente obtenida”. Ed. Revista del Poder Judicial. Ed. Justicia num.2. 1986 pág. 213; ASENSIO MELLADO, J.M.; “La prueba. Garantías derivadas del art. 24.2 de la Constitución”. Revista del Poder Judicial, núm. 4, 1986, pág. 38; CACHÓN VILLAR, M.: La prueba ilícitamente obtenida (reflexiones en torno al artículo 11.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial): discurso leído el día 20 de diciembre de 1990, en el acto de su recepción como académico de número. Editorial. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. 1990. Págs. 25-26

indirectamente, esto es, que sean derivadas de las anteriores.⁵¹⁶

d) *Vulnerando derechos y libertades fundamentales.*

Nos remitimos a lo desarrollado en el apartado correspondiente.

2.4.- La prueba ilícita en el proyecto del espacio judicial europeo⁵¹⁷

FERNÁNDEZ ROZAS sostiene que los Tratados constitutivos de la CEE no incluyeron disposición alguna sobre asuntos de justicia e interior; sólo el artículo 293 (antiguo 220) del TCE, recogía una disposición relativa a la cooperación judicial, en el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y laudos arbitrales⁵¹⁸. El Acta Única Europea fijó como uno de sus objetivos la constitución de un mercado interior lo que implicaba un espacio sin fronteras interiores que, lógicamente, debía ir acompañado de medidas necesarias para garantizar la seguridad en ese espacio sin controles⁵¹⁹. Desde 1995 la Unión Europea puso un marcha un grupo de trabajo compuesto por expertos de diferentes países con la intención de crear un “*Corpus Iuris*”, o código normativo penal comunitario en materia de derecho penal y procesal, que desarrolla la figura de un Ministerio Público Europeo, que coadyuvando a las autoridades penales nacionales de Jueces y Tribunales, investigará, perseguirá y ejecutará los casos y sentencias que se dicten en el espacio judicial europeo. Los artículos 32 y 33 de dicho código desarrollan las pruebas admitidas y las pruebas ilícitas, o la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de normas de derecho, respectivamente, diciendo el artículo 23: “*que deberá rechazarse la prueba obtenida en violación de los derechos fundamentales consagrados por el CEDH o del derecho nacional aplicable, siempre que no estén justificadas por las normas europeas citadas*”.

⁵¹⁶ Entre todas la STS 180/2002 de 18 de enero. Ponente CALVO CABELLO, J.L.: “De todas formas, aunque se hubiera concluido lo contrario, esto es, que tal hallazgo debió ser rechazado por ilícito, la pretensión del recurrente tampoco podría ser estimada, ya que las demás pruebas de que dispuso el Tribunal de instancia fueron obtenidas lícitamente (ninguna se obtuvo vulnerando directa o indirectamente derechos fundamentales o libertades públicas), fueron practicadas respetando los principios propios del juicio oral y son suficientes para enervar el derecho del recurrente a ser presumido inocente”. En el fundamento segundo de la sentencia, el Tribunal de instancia mantiene que el hallazgo únicamente había confirmado su convicción sobre la realidad del delito y su comisión.

⁵¹⁷ Siguiendo las líneas de DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A.; “*La prueba ilícita penal*”. Estudio jurisprudencial. Segunda edición ampliada y actualizada. La prueba ilícita en el proyecto del “Espacio Judicial Europeo”. Ed. Aranzadi. Cit. Pág. 57 y ss.

⁵¹⁸ Vid FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; “*El espacio de seguridad, libertad y justicia en el Proyecto de Constitución Europea*”. Obra colectiva “Europa ante su futuro. Una visión desde Euskadi”. Edita Consejo Vasco del Movimiento Europeo. Bilbao 2004.

⁵¹⁹ Vid ARROYO FIESTAS, F.J.; “*La comunitarización del derecho internacional privado. La libre circulación de resoluciones judiciales en la UE y el principio de reconocimiento mutuo. Un estudio sistemático del espacio judicial europeo*”. Ed. CGPJ. Madrid 2010. pág.1

El mayor reto al que se enfrentó dicho Proyecto fue la diversidad de normas sobre la admisibilidad de la prueba en las diferentes legislaciones nacionales, si bien proscribía todo automatismo en la exclusión de pruebas e inadmitiendo en todo caso, aquellas que atentasen contra el principio de igualdad de armas y el de contradicción. Dada la complejidad del desarrollo de dicho código, existen iniciativas puntuales en campos específicos tendentes no tanto a la creación de estructuras comunitarias sino más bien de la búsqueda de una armonización de tipos penales y reglas a aplicar⁵²⁰, y en concreto, en lo

⁵²⁰ Vid VINCENZO MILITELLO; *“IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero”*. Coord.: Sánchez Stewart, N. y Abel Souto, M.. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Págs. 227 y ss. Tras describir el papel que asume la *armonización penal* en la actual situación de los Tratados de la Unión Europea, destaca la dificultad de definir el concepto de criminalidad organizada transnacional, que podría inducir a legitimar una intervención europea sin límites de racionalidad político-criminal. Para evitar tal riesgo, al autor le parece oportuno hacer referencia a otras fuentes internacionales relevantes en esta materia (la Convención de Naciones Unidas de Palermo, del año 2000). Por otro lado, las tomas de posición más recientes en materia de fuentes europeas parecían haber alcanzado un notable grado de sensibilidad político-criminal respecto de los principales problemas subyacentes a esta materia (particularmente, una resolución del Parlamento Europeo del 25 de octubre de 2011). Vid GÓMEZ COLOMER, J.L.; *“Víctima del delito y Europa”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015. Estudio particularizado de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la víctima del delito. La transposición de la Directiva en el momento del estudio se encontraba en vías de tramitación parlamentaria, tramitación que acabó finalmente concretándose en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Sobre la unificación, armonización y homogeneización del proceso penal en el ámbito de los países de la Unión Europea, el anterior autor nos remite a Varios Autores: *Hacia la unificación del Derecho Penal*, Ed. INACIPE y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, México 2006; Ambos, K., *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, europäisches Strafrecht, Rechtshilfe; ein Studienbuch* (3ª ed.), Ed. Beck, München 2011, pp. 307 y ss., y 419 y ss.; Ambos, K. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften - Band 14, Ed. Universität Göttingen, Göttingen 2011, esp. pp. 18 y ss.; Hecker, B., *Europäisches Strafrecht* (3ª ed.), Ed. Springer, Berlin 2010, pp. 15 y ss., y 419 y ss.; Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht - Völkerstrafrecht* (5ª ed.), Ed. Nomos, Baden-Baden 2011, pp. 87 y ss. y 157 y ss.; Schünemann, B. (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Ed. Heymanns, Köln 2006, pp. 93 y ss.; Schünemann, B. (Hrsg.) / MILITELLO, V. (ed. italiana), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, en Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionale ed Europeo, nº 2, Ed. Giuffrè, Milano 2007, pp. 33 y ss., y 113 y ss.; SCHÜNEMANN, B., *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung*, Ed. Carl Heymanns, Köln 2004; TIEDEMANN, K., *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, pp. 2226 y ss.; Idem, *Die Europäisierung des Strafrechts*, en KREUZER, K.F. / SCHEUING, D.H. / SIEBER, U. (editores), „Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union“, Ed. Nomos, Baden-Baden 1997, pp. 133 y ss.; Idem, *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, Revista Penal 1999, nº 3, pp. 76 y ss.; Idem, *L'europaizzazione del Diritto Penale*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1998, fasc. 1, pp. 3 y ss.; Idem, *Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, Goldammer's Archiv 1998, pp. 107 y ss.; Idem, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998, nº 110, cuaderno 2, pp. 497 y ss. La propia investigación sobre los procesos penales de

referido a la ilicitud de la prueba⁵²¹, la creación de unos estándares mínimos válidos para los países que configuran el arco europeo, si bien dichos instrumentos aún no pueden considerarse de aplicación directa a nuestro ordenamiento, quizás su desarrollo implique una fuente del derecho en esta área⁵²².

3.-CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.

3.1. Por violación de derechos fundamentales

La presunción de inocencia consagrada en nuestro 24.2.CE constituye una presunción *iuris tantum* que, para ser destruida, requiere la concurrencia de prueba de cargo suficiente y válida, obtenida con todas las garantías constitucionales y procesales.

Es necesario que las pruebas se hayan obtenido con absoluto acogimiento de los derechos y libertades fundamentales del imputado, lo que

determinados países europeos, dirigida por DELMAS-MARTY, M., *Procesos penales de Europa* (trad. Morenilla Allard), Edijus, Zaragoza 2000, pp. 31 y ss., demuestra fehacientemente las dificultades, hoy parece que insalvables, de una pretendida unificación del enjuiciamiento penal en Europa. Véase también el Prólogo a ese libro, escrito por GIMENO SENDRA, J.V., p. 20. Complementariamente pueden verse igualmente MACIÁ GÓMEZ, R. (Director), *Sistemas de proceso penal en Europa*, Ed. Cedecs, Barcelona 1998, pp. 13 y ss.; y PRADEL, J., *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: Rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, Ed. Érès y Association Internationale de Droit Pénal, Toulouse 1998, pp. 135 y ss.

⁵²¹ Vid CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.K; “Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea (La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre)”, en Martín Ostos, J.S. (Coord.), “El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi”, cit., pp. 175 y ss. En igual sentido BLÁZQUEZ PEINADO, M.L.; “La Directiva 2012/29/UE . ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, Revista de Derecho Comunitario Europeo 2013, nº 46, pp. 897 y ss.

⁵²² Vid CIRO MILIONE; “El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Ep.: 2.: El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015. Págs. 31 y ss. En esta libertad de utilización de los instrumentos jurídicos más idóneos para la protección de los derechos fundamentales consiste este margen de apreciación al que nos referíamos. Es cierto que, como sabemos, el juicio sobre la conformidad entre las medidas empleadas por los ordenamientos jurídicos nacionales y el *estándar europeo* constituye una tarea del Tribunal de Estrasburgo, cuyo parámetro de apreciación sigue siendo el principio por el cual el sistema de mínimos introducido por el CEDH podrá ser superado, pero nunca rebajado por los Estados. Vid TAMARIT SUMALLA, J.M.; “El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015”. Pág. 15 y ss. De acuerdo con la legislación procesal española, la defensa de los intereses de las víctimas se ha canalizado a través de las amplísimas posibilidades previstas por la LECrim para que éstas actúen como parte en el proceso a través de la acusación particular. Ello ha tenido como efecto una menor receptividad a las propuestas o recomendaciones orientadas a mejorar la posición de la víctima en el proceso. La creencia autocomplaciente de que las víctimas siempre han estado bien tratadas por el Derecho español ha impedido a menudo reconocer los límites inherentes al modelo de la acusación particular, que si por una parte va mucho más allá de lo exigido en los *estándares europeos respecto* a los derechos de las víctimas, al vincular a éstas con el ejercicio de la potestad punitiva, por otra parte no garantiza una satisfacción adecuada a los intereses y los derechos de las víctimas que no hayan optado por esta forma de participación en el proceso

afecta significativamente a la prueba de ADN, sobre todo en la fase de la toma de muestras⁵²³, siendo necesaria la observancia de las garantías procesales de contradicción, en estrechísima relación con el derecho de defensa, intermediación, publicidad y oralidad, tanto en el momento de la obtención, como en el de su incorporación al proceso⁵²⁴, siendo igualmente imprescindible que la actividad probatoria se ajuste a las previsiones legales observando el procedimiento estatuido⁵²⁵. Así, en lo que afecta a las intervenciones corporales, en la obtención de muestras para la prueba de ADN toda intervención, que se haya practicado con vulneración de un derecho fundamental, será nula de pleno derecho, así como resultará inadmisibile el medio de prueba que intente reproducir su resultado en el proceso⁵²⁶.

a) La eficacia refleja de la prueba ilícita

Sentada, pues, la interdicción de la valoración de la prueba prohibida entremos a considerar su alcance⁵²⁷, concluyendo que no sólo no puede ser valorada, sino también toda aquella que traiga su origen en aquella, siempre que exista una relación de causalidad entre una y otra. Existe relación de causalidad cuando las pruebas derivadas -siendo en sí mismas consideradas lícitas-, tengan su origen en una prueba prohibida (teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado)⁵²⁸ y, además, existe una relación causa-efecto.

⁵²³ Vid MORENO CATENA, V.; “*Fiscalía europea y derechos fundamentales*”. Cit. Capítulo IX. El derecho a la *prueba*. Documento TOL4.544.607. Junto a estos criterios de admisibilidad es preciso que la *prueba* sea lícita, es decir, que la fuente de *prueba* se haya obtenido por vías lícitas, de modo que el tribunal habrá de cuidar que sólo entren en el juicio y se utilicen para dictar sentencia aquellas *pruebas* que se hubieran logrado respetando la ley. Claro está que no todas las infracciones de la ley tienen la misma relevancia, de modo que los distintos grados de ilicitud deben determinar al propio tiempo las consecuencias que producen sobre el medio de *prueba*.

⁵²⁴ STC 150/89 de 25 de septiembre. Inspección ocular realizada sin presencia del interesado. Estima que la misma pierde su carácter de prueba preconstituida y por ende se convertía en insuficiente para constituir prueba de cargo.

⁵²⁵ STS 9572/1986, de 12 septiembre.

⁵²⁶ Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.; “*Intervenciones corporales* ilícitas: tutela penal”. Epígrafe V.: Introducción de *intervenciones corporales* ilícitas: tutela penal. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Documento TOL1.385.441. Analiza la trascendencia procesal de las intromisiones *corporales* ilícitas, distinguiendo, fundamentalmente, los supuestos de pruebas conseguidas con violación directa de *derechos* fundamentales de aquellos otros cuya obtención deriva del conocimiento adquirido con la ilícita actuación. La eficacia de las fuentes de prueba resultantes de una intervención corporal depende de su legitimidad constitucional. En caso de incumplimiento, y como uno más de los medios de protección de los *derechos* fundamentales, surge la institución procesal de las prohibiciones probatorias, que impide la valoración de los resultados de una intervención corporal obtenidos con vulneración de los *derechos* citados. El ciudadano dispone de tres vías para que no surta efecto la prueba obtenida con vulneración de sus *derechos* fundamentales: a) solicitar la inadmisión de los medios de prueba mediante los que se pretende incorporar las pruebas obtenidas con infracción de los *derechos* fundamentales; b) exigir al órgano judicial que no tome en consideración la prueba practicada, solicitando incluso la recusación de aquellos que puedan verse influidos por haber tomado conocimiento de alguna prueba ilícita ya practicada; c) utilizar los recursos que la ley permita interponer contra la resolución que se fundamente fácticamente en la valoración de la prueba prohibida, incluyendo el recurso de amparo ante el T.C.

⁵²⁷ Vid PASTOR BORGONÓN, B.; “*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1986, Nº 2, p. 337

⁵²⁸ Vid VIVES ANTÓN, T.S.; “*La reforma...*”, cit., p. 161. no siempre los actos nulos de pleno *derecho* se producen con violación de *derechos* fundamentales. Así, un acto de mera

Dicha teoría adquiere una relevancia trascendental en las intervenciones corporales (ADN), toda vez que la finalidad de éstas es la búsqueda y recogida de fuentes de prueba que, tras su práctica, derivarán en la exigencia de realización de nuevas diligencias de investigación consecuencia de aquellas, por lo que su ineficacia puede acarrear la nulidad de las posteriores⁵²⁹.

Como advierte GIMENO SENDRA, “a fin de determinar la extensión de los efectos de la prueba prohibida en la presunción de inocencia, (...), surgieron y coexisten en derecho comparados dos grandes tesis, la directa y la refleja o doctrina norteamericana del “fruto del árbol envenenado” habiéndose inclinado el art. 11.1 LOPJ por esta última teoría(...) al disponer que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales”⁵³⁰.

Ahora bien, al comienzo el Tribunal Constitucional siguió la tesis de la teoría directa y con su sentencia 85/1994 de 14 de marzo constató la teoría de los frutos del árbol envenenado y la eficacia refleja de la prueba prohibida, pero como advierte el citado autor, ceñida única y exclusivamente a la valoración de la prueba derivada de las intervenciones telefónicas.

En aquél entonces existía una doctrina dubitativa al respecto por parte del TS y el TC⁵³¹, pero tras el período de vacilaciones jurisprudenciales se abrió otro en el que tanto el TC como el TS volvieron a suscribir, aunque con alguna excepción la doctrina de la prueba directa.

El Tribunal Supremo en el Auto 3773/1992, de 18 de junio (caso Naseiro), reconoce los efectos reflejos de la prueba ilícita, declarando la nulidad de la prueba prohibida por vulneración del derecho fundamental del

investigación llevado a cabo por juez incompetente podrá ser procesalmente nulo; pero no impide utilizar el conocimiento adquirido a través de su realización. La prohibición de utilizar el conocimiento obtenido mediante la violación directa o indirecta de *derechos* fundamentales se extiende sólo al caso de que concurra dicha violación. Vid VELASCO NÚÑEZ, E.; “*Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: correcciones actuales y tendencias de futuro*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Págs. 425 a 463.

⁵²⁹ Vid ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; “*Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*”. Ed. Trivium. Madrid. 1999, pág. 543. A diferencia de lo que ocurre con otras medidas limitativas de *derechos* fundamentales, como la entrada y registro en domicilio (artículo 18.2 CE) o la intervención de las comunicaciones (18.3 CE), no existe en el texto constitucional reserva jurisdiccional para la ordenación de las medidas de intervención corporal.

No obstante, la doctrina mayoritaria estima que existen razones trascendentales para mantener la exigencia de resolución judicial con relación a esas injerencias. En particular, se sostiene que el carácter *fundamental* de los *derechos* afectados con su práctica aconseja esta solución. Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”. Ed. Colex 1990. Pág. 333. En su opinión, la inobservancia del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas limitativas de *derechos* fundamentales infringe los preceptos constitucionales que garantizan estos últimos. Por tanto, la valoración de las pruebas que sean obtenidas a consecuencia de injerencias desproporcionadas será inadmisibles.

⁵³⁰ Vid. GIMENO SENDRA, V.: “Derecho procesal Penal”. Cit. Pág. 530

⁵³¹ STS de 23 de enero de 1995 mantiene la teoría de la eficacia refleja (ponente Martín Pallín). Otra de 7 de julio de 1995 la revisó y se inclinó por la directa (ponente Carrero Ramos)

art. 18.3 CE en el supuesto de una intervención telefónica, dado que: “(...) tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que obviamente, por tanto pueden servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara”.

También dicho Tribunal, en STS de 17 de junio 1994, alude al efecto dominó de las pruebas ilícitas de suerte que: “la nulidad de determinada diligencia o prueba judicial por vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, arrastra en cadena la invalidez y la consiguiente ineficacia judicial de todas las posteriores que puedan traer causa-directa o indirectamente- de aquella primera⁵³². Por su parte, GIMENO SENDRA sigue la doctrina sentada por la STC 85/1994 de 14 de marzo, en cuanto considera que la misma consagra de facto la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida, circunscribiendo la misma a las escuchas telefónicas⁵³³.

El TC consideró que en la intervención del teléfono se había vulnerado el secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE y sancionaba “que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva de directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el capítulo II del título I de la CE y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (citando en apoyo de su doctrina su STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ”. La nulidad de las intervenciones, “esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el principio de presunción de inocencia”.

Así, tanto para la doctrina mayoritaria, como para la jurisprudencia, la

⁵³² Vid MALLÉN EVANGELIO, A.; “*Intervenciones corporales* ilícitas: tutela penal”. Cit. Ya advierte la citada autora que el Tribunal Constitucional, desde sus primeras resoluciones, proclama que la motivación no es un elemento de cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos [STC 26/1981 , de 17 de julio (fundamento jurídico 14).], que aparece como garantía frente a la arbitrariedad[STC 13/1994 , de 17 de enero (fundamento jurídico 6)], pues cuando se coarta el ejercicio de los derechos constitucionales, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización, debiendo explicitarse el/los hecho/s que lo justifican para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio y los intereses a los que se sacrificó [STC 26/1981 , de 17 de julio (fundamento jurídico 14)]. De otra forma, no es posible el control de la legalidad y racionalidad de la decisión[STC 13/1994 , de 17 de enero (fundamento jurídico 6 y en el mismo sentido STC 85/1994 , de 14 de marzo , STC 86/1995 , de 6 de junio , STC 181/1995 , de 11 de diciembre , STC 54/1996 , de 26 de marzo , STC 151/1997 , de 29 de septiembre , y STC 49/1999 , de 5 de abril.]

⁵³³ Vid GIMENO SENDRA, V.; “*Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo*”, valoración ceñida a la valoración de la prueba derivada de las escuchas telefónicas analizando las sentencias 86/95, de 6 de junio (FJ 3), 181/95, de 11 de diciembre (FJ 4), 49/1996, de 26 de marzo (FJ 3) y 54/96, de 26 de marzo (FJ 8).

eficacia refleja de la prueba prohibida es fruto de lo dispuesto en el art. 11.1. LOPJ en el que se asocia la prueba ilícita a la obtenida indirectamente con violación de derechos fundamentales⁵³⁴, prohibiendo el uso de medios probatorios obtenidos ilícitamente vulnerando derechos fundamentales⁵³⁵, añadiendo que el tolerar su uso indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso, una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían dando un resultado en el proceso al que afectarían indefectiblemente⁵³⁶. Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo, como el Constitucional consideran restringido el uso de la prueba con vulneración de derechos fundamentales, sin incluir infracciones procesales de legalidad ordinaria, si bien han ido incluyendo también paulatinamente excepciones a la eficacia de la prueba refleja, hasta llegar a desarrollar la doctrina de la conexión de antijuridicidad, que conlleva vaciar de contenido a la de la eficacia refleja, que constituye en la práctica una creación jurisprudencial sin base legal real destinada a evitar los efectos expansivos de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida en orden a la aplicación del *ius puniendi*.

b) Excepciones a la eficacia refleja

A pesar de su formulación inicial, pronto la jurisprudencia norteamericana admitió algunas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita que se han ido reconociendo también en otros ordenamientos, como manifestación de un fenómeno de progresiva *norteamericanización* de la regla de exclusión⁵³⁷, devenir al que no ha sido ajena nuestra jurisprudencia, tanto la del TS, como la del TC, y que se concreta en las tres etapas que recogen URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO⁵³⁸, siguiendo a DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES⁵³⁹: *falta de reconocimiento* hasta 1984, con la famosas STC 85/1994 y 114/1984; *evolución*, en un in crescendo garantista hasta 1998 con la STC 81/1998; e, *involución* desde entonces, porque es a partir de 1988 cuando el TC español confirmó la tendencia claramente reduccionista en esta

⁵³⁴ Vid GIMENO SENDRA, V; “*Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*” Rev. La Ley número 4024, de 26 de abril de 1996, Cit. página cuatro. “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español” Revista derecho procesal, número 3, 1992 página 513. Y en “Derecho procesal penal”. La prueba preconstituida del Juez de Instrucción. Ed. Aranzadi. Navarra 2015 página 497.

⁵³⁵ Vid LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; “*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*”. Cit. Páginas 147-148

⁵³⁶ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”. Ed. Colex. Madrid 1990. Pág. 334. En igual sentido vid ASENIO MELLADO, J.M.; “*Prueba prohibida y prueba preconstituida*” Ed. Trivium. Madrid. 1989. página 89 y “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”. Diario la Ley, núm. 8026, 19 de febrero de 2013. Págs. 1347-1358. SSTS 448/1997 de 4 de marzo, 874/1988 de 26 de junio, 63/1999 de 15 de enero, 1556/2002 de 30 de septiembre y 1451/2003 de 26 de noviembre.

⁵³⁷ Vid MIRANDA ESTRAMPES, M.; “*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*”. Revista Jueces para la Democracia, 47, julio 2003, pág. 54.

⁵³⁸ Vid DE URBANO CASTRILLO, E y TORRES MORATO, M.A.; “*La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*”. Cit. Pág. 79

⁵³⁹ Vid DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES; “*¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?*”. La Ley núm. 4445 de 24 de diciembre de 1997.

materia, negando, no sólo cualquier posibilidad de expansión a la doctrina de la prueba prohibida, sino también y, lo que es más, grave, que al menos se conserve lo que se había logrado⁵⁴⁰, de manera que es posible que la prohibición de valoración de pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuricidad⁵⁴¹, admitiendo dichas excepciones hasta llegar a la elaboración de la doctrina de la conexión de antijuricidad que representa en la práctica, aún muy a pesar de un importante sector de la doctrina, la desaparición de facto de la eficacia refleja⁵⁴².

Entrando a considerar cuáles son las excepciones a esta regla tenemos:

1.- *Excepción de fuente probablemente independiente.* La excepción de fuente independiente (*independent source doctrine*) que fue una construcción de la jurisprudencia norteamericana, en el que la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no cumpliéndose así el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera *desconexión causal* entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. Si ésta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita exista una relación o conexión causal, su inexistencia determinará su no aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión alguna con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales⁵⁴³. En virtud de esta excepción, se permite la utilización de aquellos elementos probatorios, si igualmente se hubieran obtenido inevitablemente por otros medios lícitos. Así “la prueba cuestionada se admite porque hay elementos para pensar que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental, no ha sido indispensable ni determinante para la obtención de la prueba en cuestión, de tal modo que suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma y de idéntica manera”⁵⁴⁴. El verdadero problema no radica, por tanto, en su reconocimiento y admisión, sino en la calificación como *independiente* de aquella prueba que realmente no tiene este carácter, pues parece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita. En estos casos actúa como una verdadera excepción mediante la

⁵⁴⁰ Vid GÓMEZ COLOMER, J.L.; “*Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*”. Ed. Tirant Lo Blanch Valencia. 2008. Pág. 127.

⁵⁴¹ Vid GIMENO SENDRA, V.: “Derecho procesal Penal”. Cit. Pág. 535

⁵⁴² Vid ARMENTA DEU, M.T.; “*Prueba ilícita y reforma del proceso penal*”. Revista del Poder Judicial. Núm. Extra 19: Propuestas para una nueva LECrim. ED. CGPJ. Madrid. 2006. Págs. 193-197. Para la citada autora dichas excepciones que se extienden a la propia regla de exclusión comportan en la práctica su desaparición.

⁵⁴³ Vid MIRANDA ESTRAMPRES, M.; “*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*”. Revista Jueces para la Democracia num. 47. Julio 2003. Pág. 57.

⁵⁴⁴ Vid GÁLVEZ MUÑOZ, L.; “*La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*”. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Ed. Aranzadi. Pamplona 2003. Pág. 186

ampliación de su campo de operatividad⁵⁴⁵. Para MIRANDA ESTAMPRES, sin embargo, no se trata de una verdadera *excepción*, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión⁵⁴⁶.

Esta doctrina se aplicó por primera vez en nuestra jurisprudencia en la STC 81/1988, de 28 de abril, que entendió que los datos obtenidos en una intervención telefónica ilícita eran “datos neutros”. Así, dada la irrelevancia de los datos obtenidos, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental no fue indispensable para la revelación del hecho delictivo ya que dichos elementos probatorios se hubieran obtenido por cualquier otro medio.

Ejemplos de lo anterior son las STC 238/1999, de 20 de diciembre de 1999

En la que el Ministerio Fiscal mantiene que las Sentencia impugnada ponen especial énfasis en que el descubrimiento del tráfico de drogas se habría producido con independencia de la prueba declarada ilícita. Si ello es así, es decir, si toda la operación se llevó a cabo como consecuencia de líneas de investigación paralelas o de manera independiente, con plena vigencia de las doctrinas restrictivas de la «fuente independiente» y del «inevitable descubrimiento», habría que confirmar las resoluciones judiciales recurridas. Por el contrario, si la detención del condenado y la incautación de los efectos del tráfico de drogas se produjo como consecuencia exclusiva de la prueba ilegal, el amparo deberá prosperar por vía del art. 24.2 C.E. Tras recordar la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en los casos *Silverthorne*, *Nix vs. Williams* y *Wong Sun vs. USA*, concluye que es la doctrina del «inevitable descubrimiento» la que parece sustentar la fundamentación jurídica de las resoluciones recurridas.

A igual fundamentación lleva la STC 86/1995, de 6 de junio en la que su ponente GIMENO SENDRA mantiene la existencia actividad probatoria de cargo, como es un registro de droga ilícito, pero cuyo reconocimiento es aceptado ante el Juez en presencia de Abogado, no viciada por la práctica de una intervención telefónica igualmente ilícita.

El TC español ha incluido también, entre los criterios para calificar a una prueba como *jurídicamente independiente* el factor temporal, esto es, el largo periodo de tiempo transcurrido entre una prueba y otra⁵⁴⁷. Finalmente, en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, se pronuncia sobre el hecho de que la valoración de determinadas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y sus derivadas, corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, siendo éstos los que deberán apreciar la existencia de pruebas de cargo válidamente practicadas, limitándose el control constitucional a la comprobación de su razonabilidad.

⁵⁴⁵ Vid MIRANDA ESTRAMPES, M.; “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. Revista Catalana de Seguretat Pública, 2010. Pág. 56.

⁵⁴⁶ Vid MIRANDA ESTAMPRES, M.; “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo de 2010. Pág. 131

⁵⁴⁷ STC 66/2009, FJ 5, en un caso de intervenciones telefónicas ilícitas y posterior entrada y registro domiciliario practicado lícitamente.

2.- *Excepción del descubrimiento inevitable*. Según esta teoría no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta *inevitablemente* por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida⁵⁴⁸; lo anterior sin olvidar desde un posicionamiento puramente crítico, que el criterio de *inevitabilidad* contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos, con los inevitables riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia. Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido dicha excepción en la STS 974/1997, de 4 de julio, aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de *buena fe*⁵⁴⁹; línea jurisprudencial mantenida por el TS en otros pronunciamientos posteriores⁵⁵⁰.

Aunque no hay que confundir la excepción del descubrimiento inevitable con el hallazgo casual, VELASCO NUÑEZ⁵⁵¹ advierte que la limitación del descubrimiento inevitable precisa de actuaciones en curso lícitas encaminadas a probar el delito, lo que nunca se da en lo que se encuentra por mero azar y casualidad. Así para el citado autor desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del

⁵⁴⁸ Vid MIRANDA ESTRAMPES, M.; *“La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”*. Revista Catalana de Seguretat Pública, Mayo 2010. Cit. Pág. 145.

⁵⁴⁹ F.J. 4: “Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor». Es decir que, «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ellos— *las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha*, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, ...la limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente.

⁵⁵⁰ STS 146/2005, de 7 de febrero.

⁵⁵¹ Vid VELASCO NUÑEZ, E.; *“Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”*. Revista General de Derecho, núm. 624, Valencia, septiembre 1996, pág. 10164-10165.

descubrimiento inevitable autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales. En el mismo sentido MIRANDA ESTAMPRES⁵⁵², para quien se representa incompatible con el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental, porque se basa en simples hipótesis, por lo que aboga por su inaceptabilidad en nuestro proceso penal.

Para otro sector de la doctrina, entre los que destacan LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, la fuente de prueba obtenida se podrá utilizar si se tiene la certeza de que ésta, sin necesidad de la anterior diligencia ilegítima, también se hubiera podido adquirir con base en el material de hecho preexistente en la instrucción antes de cometerse la infracción de referencia⁵⁵³. En el mismo sentido, MARTINEZ GARCIA, para el que sería aceptable si tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita, lo que permite su admisión⁵⁵⁴. Eso es lo que RODRÍGUEZ LAÍN entiende como la necesidad de realizar un juicio de valor, y al mismo tiempo de probabilidad, sobre si la prueba obtenida violentando los derechos fundamentales podría haberse obtenido sin la citada vulneración⁵⁵⁵.

3.- *Excepción del hallazgo casual.* Esta excepción trae causa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en su sentencia 1313/2000, de 21 de julio, determinó que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea ilícita⁵⁵⁶; sentencia en la que el TS relaciona esta excepción con la teoría de la prueba prohibida en un supuesto de delito contra la salud pública, en el que se llega al conocimiento de la prueba de manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica efectuada en otra causa⁵⁵⁷.

⁵⁵² Vid MIRANDA ESTAMPRES, M.; *“El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”*. Cit. Págs. 117, 128 y ss.

⁵⁵³ Vid LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.; *“Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”*. Ed. Colex. Madrid 1991. Pág. 97-98

⁵⁵⁴ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *“Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz STC 81/98, de 2 de abril)”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003. Pág. 90

⁵⁵⁵ Vid RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.; *“La confesión del imputado derivada de la prueba ilícitamente obtenida”*. Ed. Bosch. Barcelona 2005. Pág. 45

⁵⁵⁶ Vid GÓMEZ COLOMER, J.L.; *“Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado”*. Cit. Pág. 124

⁵⁵⁷ “...En el presente caso, por lo tanto, la motivación resulta suficiente, dado que -como lo reconoce la Defensa- no sólo se basa en una genérica sospecha expuesta en oficio que obra al folio 5 de las diligencias, sino en un hallazgo casual que tuvo lugar en otra causa (Diligencia 1385/1996-J), que tramitaba en el mismo juzgado, como consecuencia de las intervenciones telefónicas ordenadas el 12-3 y 21-3-1997...”

La Defensa ha señalado la utilización de este hallazgo formal como un punto que a su juicio resulta de carácter concluyente para demostrar la ilicitud del procedimiento por el que se han obtenido las pruebas. Sin embargo, en el derecho procesal penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. El parágrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que

3.2.- La conexión de antijuridicidad

a) *Fundamento*

En el momento actual, la construcción del TC, desde la citada STC 81/1988, descansa sobre la conexión de antijuridicidad, doctrina que la STC

contempla el art. 389 CPPrP (ver art. 270 del mismo código). Por lo tanto, la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa...»

En el Auto TS de 12 de junio de 2003, ha precisado que:

«...A) En efecto, en esta sede, nos encontramos ante la problemática de los «hallazgos casuales» y su relación con la licitud en la obtención de las pruebas, situación que ya fue resuelta de manera independiente por la Sala de instancia mediante Auto de 5 de diciembre de 2001.

Lo cierto es que el que aparezcan en una diligencia de entrada y registro efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas de las investigadas, no supone que queden desamparados los derechos de los afectados, pues la decisión judicial cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio.

B) El problema de los hallazgos casuales, como a menudo sucede, consiste en que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal. Como casos paradigmáticos suelen citarse, armas, facturas o dinero falso. En dicha situación, la jurisprudencia ofrece distintas soluciones. Así, la Sentencia de 4 de octubre de 1996 admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente adición». (STS de 4 de marzo de 2003).

Como sostiene el autor, aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate. (STS de 18 de febrero de 2002).

C) Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional: el hallazgo de la droga en el pantalón de la acusada, en el curso de la diligencia de entrada y registro, es un hallazgo que, aunque se conceptuase como no cubierto por la literalidad del mandamiento judicial, en todo caso, quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo en modo alguna nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional, a través del Secretario Judicial, que fedataba la diligencia, y la detenida fue interrogada judicialmente por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien.

D) Junto a la tesis de los hallazgos casuales, puede aplicarse al caso que nos ocupa igualmente la teoría del «descubrimiento inevitable». Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, «conexión de antijuridicidad», que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición. (STS 21 de mayo de 2002)...»

La prueba hallada casualmente queda sometida al principio de contradicción en el juicio oral para que pueda ser considerada lícita y valorada judicialmente, de manera que los agentes de policía que la encontraron deben comparecer en el mismo como testigos. Desde entonces esta doctrina se mantiene invariable por el TS español.

Constituye por tanto otra excepción relevante a la teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida. En realidad si somos serios dogmáticamente, y el propio TS lo intuye, (...), estamos ante una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable, en donde el hallazgo casual elimina la conexión de antijuridicidad y por tanto convierte a la prueba descubierta casualmente, es decir, de alguna manera inevitablemente, en prueba de cargo válida para condenar.

167/2002, según GIMENO SENDRA⁵⁵⁸ resume con acierto:

“En aquella sentencia (STC 81/1988) el Tribunal Constitucional estableció un criterio básico para determinar cuando las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas podían ser valoradas o no, que cifró en determinar si, además de estar conectadas desde una perspectiva natural, entre unas y otras existía lo que denominó conde conexión de antijuridicidad.

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, se ha de analizar, en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y festividad del derecho al secreto las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

El Tribunal Constitucional español comenzó como hemos advertido refrendado la teoría refleja anteriormente expuesta (SSTC 85/1994, 49/1996 y 86/1995, entre otras), para pasar tras un período de vacilaciones jurisprudenciales de vuelta a la teoría directa (STC 8/2000, 136/2000 y 14/2001 entre muchas otras) y finalizar en el momento actual incluyendo la citada teoría de la conexión de antijuridicidad.

Así, MORENO CATENA⁵⁵⁹, advierte que la jurisprudencia ordinaria y la constitucional, argumentando con base en la conexión de antijuridicidad, se inclinan *finalmente* por modular esta eficacia refleja que no invalidaría toda la prueba derivada de la prohibida. Si no se adopta una posición rigurosa de protección de los derechos fundamentales, y no se impide la valoración de la *prueba* indirectamente lograda de un medio prohibido, es evidente que esa violación constitucional se terminará convalidando en el proceso por otras vías, como a través de la declaración de los funcionarios que intervinieron en la *prueba* directamente afectada por la violación.

De conformidad con GIMENO SENDRA⁵⁶⁰ con esta doctrina, habrá el juzgador de examinar con atención la relación de causalidad existe entre entre resultado probatorio de la intervención telefónica, léase para lo que nos interesa prueba, inconstitucionalmente obtenida y el de los demás medios de prueba, de tal suerte que, para extender su conocimiento a esos otros medios de prueba habrá de comprobar la ausencia de dicha relación de causalidad o de antijuridicidad o, dicho en otras palabras, tendrá que acreditarse que el hecho punible se habría probado, en cualquier caso, con independencia de la prueba ilícita obtenida con infracción de la constitución. De dicha doctrina se

⁵⁵⁸ Vid GIMENO SENDRA, V.: “Derecho procesal Penal”. Cit. Pág. 534

⁵⁵⁹ Vid MORENO CATENA, V.; “Fiscalía europea y derechos fundamentales”. Cit. Documento TOL4.544.607

⁵⁶⁰ Vid GIMENO SENDRA, V.: “Derecho procesal Penal”. Cit. Pág. 534

infiere que, si el Tribunal hubiera de fundar su convicción sobre otras pruebas, distintas a la de la intervención telefónica, a causa de su ilicitud, habrá de plasmar en la sentencia “el juicio de desconexión” de dichas pruebas con respecto a la escucha telefónica inconstitucional (STC 24 octubre 2005)

En un principio se exigía una relación de causalidad directa e inmediata entre la prueba obtenida ilícitamente y las demás. Ahora no sólo se exige dicha relación causal con el hecho vulnerador del derecho fundamental, sino que además se exige una relación de dependencia, de modo que aunque las pruebas de cargo se hallen enlazadas con la prueba ilícita, serán válidas y suficientes para enervar la presunción de inocencia si son jurídicamente independientes de ella⁵⁶¹. Para autores como DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES⁵⁶², el recorte del alcance de la garantía de exclusión de la prueba ilícita sería el resultado de una *constatada presión social* que exigiría reformular la naturaleza de la garantía para dar cabida a ciertas excepciones. Así, la conexión de antijuridicidad supone una ruptura en toda regla con los propios postulados del Tribunal Constitucional, aunque éste intente presentarla como la culminación del fluir natural de su jurisprudencia.

De esta forma, el TC posibilita el valorar pruebas de cargo practicadas con pleno respeto a los derechos fundamentales⁵⁶³, con independencia de la prueba inconstitucionalmente adquirida, aunque se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías; y ello porque para el TC la presunción de inocencia como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo, no puede erigirse en canon de validez de las pruebas. Este canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. A partir de estas premisas ha de afirmarse que, al valorar las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales u otras que no sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado no solo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas. Pero si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida. O lo que es lo mismo, para la prohibición de valoración se extienda a las pruebas reflejas ha de existir una conexión de antijuridicidad entre unas y otras que permita afirmar que la

⁵⁶¹ Vid DUART ALBIOL, J.J.; *“Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.”*. Ed. Bosch. Barcelona 2014. Pág. 529, Vid STC 81/88 de 2 de abril (FJ 4). Dicha sentencia remite a la 86/95 de 6 de junio (FJ 4) y 54/96, de 26 de marzo (FJ 9).

⁵⁶² Vid DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R.; *“La teoría de la conexión de antijuridicidad” y la “garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”*. Cit. Pág. 41

⁵⁶³ Vid MORENO CATENA, V.; *“Prueba y proceso penal”*. Análisis especial de la prueba prohibida en en el sistema español y en el derecho comparado. Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal. Documento TOL1.269.443. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. El ordenamiento jurídico no puede autorizar el empleo de cualquier tipo de actuaciones en esta fase del procedimiento, pues sin ser los *derechos fundamentales* unos *derechos absolutos*, su salvaguarda prima sobre otros fines legítimos, incluida la investigación penal y la sanción de los delitos con carácter general o, dicho de otro modo, para que la ley permita el uso de medios de investigación criminal o la adopción de medidas cautelares en caso de que supongan la agresión de un *derecho* fundamental, deberán cumplirse ciertos presupuestos.

ilegitimidad constitucional de aquellas se extiende también a éstas. La conexión de antijuridicidad requiere el examen conjunto del acto vulnerador del derecho fundamental y su resultado desde una perspectiva interna (alcance de la vulneración del derecho y resultado de dicha vulneración)⁵⁶⁴, como externa (dada los requisitos de tutela exigidos para la efectividad del derecho)⁵⁶⁵.

La STC 81/1998 establece dicha doctrina de la conexión de antijuridicidad. Según ésta, “para el reconocimiento de la eficacia refleja ya no es suficiente con una con una relación o conexión causal entre la prueba prohibida y la derivada, sino que exige además una conexión de antijuridicidad, cuya apreciación dependerá de las perspectivas interna (índole y características de la vulneración del derecho fundamental infringido) y externa (de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud). “Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad, existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud” (lo que para el TC son las perspectivas interna y externa). La citada STC 81/1998 declara, en su f.j. 4º “que para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el derecho fundamental sustantivo”. Así para el TC no siempre que” se obtenga o realice una prueba con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia será la inutilizabilidad, ahora se deberá atender a la gravedad de la violación, el resultado obtenido y la eficacia disuasoria. La doctrina del tribunal constitucional sobre la prueba derivada viene recogida en la STC 166/1999 de 27 de septiembre, que si bien resuelve el derecho al secreto de las comunicaciones y aplicada, en principio, a las pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas, advirtiendo que de darse la confirmación de la lesión del derecho secreto de las comunicaciones ello no supondría de forma paralela y automática la lesión de la prohibición de valoración de todas las pruebas derivadas de ellas “pues si bien es cierto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, se ha venido afirmando por el Tribunal la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales (además SSTC 107/1985, 64/1986, 80/1991), no sólo en lo que atañe a los

⁵⁶⁴ DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R.: La teoría de la conexión de antijuridicidad. Cit. Págs. 46-47y págs. 118-119; y, “¿Es proyectable el art. 11.1 de la LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?. La Ley núm. 444 Cit. Págs. 1-4

⁵⁶⁵ ECHARRI CASI, F. J.: “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales” Revista del Poder Judicial núm. 69. 2003 págs. 278. Tener presente la índole del derecho vulnerado, la entidad de la vulneración y la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave entre otros factores.

resultado directos de la intervención sino a cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (STC 49/1996 FJ 3º) aunque derive indirectamente de aquella (SSTC 85/1994 FJ , 86/1995 fundamento jurídico tres, y 181/1995 fundamento jurídico cuarto, 54/1996 fundamento jurídico octavo) no es menos cierto que este tribunal ha profundizado recientemente en las excepciones ya emitidas por la anterior doctrina. Así, de conformidad con la más reciente doctrina constitucional, es lícita la valoración de pruebas que aunque se encuentran conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes⁵⁶⁶ (SSTC 86/1995 FJ 4º, 54/1996 FJ 6º, y 81/1998 FJ 4º).

En el desarrollo de estas excepciones, el tribunal ha precisado las razones que avalan la independencia jurídica de unas pruebas respecto a otras. La razón fundamental reside en que las *pruebas derivadas* son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la moderación de ningún derecho fundamental; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 81/1998, FJ 4º). En efecto, en la medida en que la información obtenida a través de las intervenciones telefónicas puede ser incorporada al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí mismo -audición de las cintas-, bien a través de su transcripción mecanográfica- como documentación de un acto sumarial previo-, bien a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conserva conversaciones intervenidas (SSTC 121/1998 FJ 5º, 151/98 FJ 4º), para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas (SSTC 81/1998 FJ 4º y 121/1998 FJ 6º). Esta transmisión se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya constatación deriva del examen conjunto del acto decisivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir en atención a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho (SSTC 81/1998 FJ 4º, 121/1998 FJ 5º y, 49/1999 FJ 14º). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar no existe relación natural, o si en segundo lugar no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998 y 49/1999)

Para DURART ALBIOL⁵⁶⁷, siguiendo la doctrina de ECHARI CASI⁵⁶⁸, lo que se pretende con dicha doctrina a efectos prácticos, es que no entre en juego la teoría de los frutos del árbol envenenado, mediante la búsqueda de una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba, o como afirma el magistrado Andrés Ibáñez (en su voto particular a la STS 1/2006, de 9 de enero), la teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del artículo 11.1 LOPJ; una forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que

⁵⁶⁶ Vid DUART ALBIOL, J.J.; *"Inspecciones..."* Cit. Pág. 532. Nota 896

⁵⁶⁷ Vid DUART ALBIOL, J.J.; *"Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal"* Cit. Pág. 533.

⁵⁶⁸ Vid ECHARI CASI, F.J.; *"Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales"*. Revista del Poder Judicial núm. 69. Madrid 2003. Pág. 275

impone el precepto, sin olvidar que cuando se excluye su aplicación mediante tales interpretaciones, se otorga a la vez un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad que objetivamente no lo merecen⁵⁶⁹. En igual sentido se pronuncia otro sector doctrinal⁵⁷⁰, para los que dicha doctrina resulta inadmisibile, ya que con esta argumentación se acaba reconociendo cierta virtualidad para subsanar las ilicitudes cometidas inicialmente, autorizando, por esta vía, el acceso al proceso de los elementos probatorios obtenidos con la práctica de una diligencia de investigación vulneradora de derechos fundamentales. Con ello se incumple la prohibición de valoración del art. 11 LOPJ. En la misma línea ASENCIO MELLADO⁵⁷¹, para quien la teoría de la antijuridicidad comporta, pues, una anulación de facto del citado precepto y de la propia Constitución. Pero no sólo ha tenido una importante contestación doctrinal, sino que también el Tribunal Supremo se encarga de criticarla, al reprochar la utilización de criterios interpretativos contrarios a los expuestos en sus sentencias 63/2005 y 29/2008 en los que ha primado el tenor literal de la norma y su sentido puramente gramatical, frente a otras cuya interpretación fuera en perjuicio del reo.

La STC 81/1998, de 2 de abril, concretó el procedimiento para determinar la conexión de antijuridicidad y sus elementos valorativos, si bien el problema práctico lo situaba en que el nexo entre la prueba originaria y la derivada no es, en sí mismo un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión determinante de la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, que corresponde realizar a los jueces ordinarios, limitándose el control constitucional a su razonabilidad⁵⁷². Para el TC, el juicio de experiencia parte desde una perspectiva interna de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, y consiste en determinar si el conocimiento derivado hubiese podido adquirirse por medios distintos y autónomos de los que han causado la vulneración del derecho fundamental. Así mismo, desde una perspectiva externa, la indagación y constatación de la conexión de antijuridicidad debe venir ligada a un aspecto complementario, que no es otro que el referido a las circunstancias concretas en las que ha tenido lugar la obtención de la prueba derivada, como son la de índole del derecho fundamental vulnerado, la entidad de esa vulneración y, la existencia de dolo o culpa grave en el ánimo de aquellos que han infringido el derecho fundamental sustantivo, entre otros factores a tener en cuenta (STC 81/1998, FJ 4º; 94/1999, FJ 6º; 239/1999, FJ 8º). En contra DÍAZ CABIALE y MARTÍN

⁵⁶⁹ Voto particular reiterado, total o parcialmente, en sentencias 261/2000 de 14 de marzo, 477/2007 de 1 de junio, 587/2007 de 28 de junio, 926/2007 de 13 de noviembre, 966/2007 de 26 de noviembre, 370/2008 de 19 de junio, 551/2008 de 29 de septiembre, 765/2008 de 18 de noviembre, 208/2009 de 6 de marzo, 297/2011 de 7 de abril y 654/2012 de 20 de julio.

⁵⁷⁰ Vid MIRANDA ESTAMPRES, M.; *“La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”*. Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo de 2010. Pág 148

⁵⁷¹ Vid ASENCIO MELLADO, J.M.; *“La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”*. Jueces para la democracia num. 66. Madrid. 2009. Pág. 85.

⁵⁷² Vid MUERZA ESPARZA, J.J.; *“Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación?”*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. Tomo IV. Ed. Aranzadi. Navarra 1998. Pág. 509 y ss.

MORALES⁵⁷³, para quienes la teoría de la conexión de la antijuridicidad restringe dramáticamente la jurisdicción del Tribunal Constitucional, sobre todo en lo relativo a la presunción de inocencia. Así pues, según la citada STC 81/1998, el juicio de experiencia se otorga en principio a los Jueces y Tribunales (FJ 5º), sin embargo, como ya advirtiera GONZALEZ CAMPOS en su voto particular a la sentencia 49/1999, la expresión *en principio* no significa que en todo caso les corresponda, ni que una vez establecido el canon para dicho juicio de experiencia termine la jurisdicción constitucional. La meritada sentencia dice que para el reconocimiento de eficacia refleja, ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una *conexión de antijuridicidad*, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado y de las necesidades especiales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente, perspectivas interna y externa)⁵⁷⁴. Como advierten DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO⁵⁷⁵, en la actualidad, asistimos al surgimiento del principio de la *relativización de la prueba lícita*, en el que se abre paso al *espacio de discrecionalidad* que corresponde a los órganos judiciales para ponderar todas las circunstancias del caso, bienes constitucionales implicados y concreto impacto procesal de la vulneración producida. Operando como elemento de contraste, decisivo para su control vía

⁵⁷³ Vid DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R.; *“La garantía constitucional de inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”*. Madrid. 2001. Cívitas Ediciones. Págs. 127 y ss. En efecto, en determinadas ocasiones, cuando ha habido un pronunciamiento previo por los tribunales ordinarios sobre la conexión existente entre pruebas ilícitas y pruebas derivadas (así la STC 81/98 de dos de abril, (FJ 5º), 161/99 de 27 de septiembre (FJ 4), 238/199 de 20 de diciembre (FJ tres) y 66/2009 de 9 de marzo (FJ cinco)) o cuando la claridad meridiana de los datos aportados al proceso y en especial lo que se desprenden de la simple lectura de la resoluciones recurridas (STC 171/1999 de 27 de septiembre (FJ. 16), 138/2001 de 18 de junio (FJ ocho)) o de los folios de las actuaciones (S.T.C. 50/2000 de 28 de febrero (FJ cinco)) deriva un expresa, inequívoca y contundente valoración individualizada de las pruebas restantes (S.T.C. 8/2000 de 17 enero (FJ. 10) 136/2000 de 29 de mayo (FJ ocho), 299/2000 de 11 diciembre (FJ 10). El Tribunal Constitucional, sin necesidad de retrotraer las actuaciones, ha entrado a considerar la existencia o no de conexión antijuridicidad y la suficiencia de las pruebas de cargo restantes para enervar la presunción de inocencia, estimando vulnerado el mismo, cuando resulta acreditado que la condena no viene fundada en ninguna prueba constitucionalmente lícita (S.T.C. 253/2006 de 11 de octubre FJ siete). Por el contrario, cuando los tribunales ordinarios no han declarado la inexistencia de conexión antijuridicidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 259/2000 de 24 octubre FJ. cinco y 197/2009 de 28 de septiembre FJ.10) o cuando han efectuado una valoración conjunta de toda la prueba (STC 49/99, de 5 de abril, FJ 14, 139/99 FJ 5, 149/2001 de 27 de junio FJ 7, 2002/2001, de 15 de octubre FJ ocho y 184/2003 de 24 octubre FJ 14) o no han expresado la razones para negar la conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada (STC 28/2002 de 11 febrero FJ cinco) o las pruebas afectadas de nulidad no eran las únicas valoradas (STC 16/2009 26 de enero FJ. ocho) el Tribunal Constitucional se ha limitado de declarar la vulneración del derecho sustantivo, anular las sentencias contradictorias y retrotraer las actuaciones para que sean los órganos judiciales ordinarios quien resuelvan acerca de la existencia o no de la conexión de antijuridicidad entre las pruebas realizadas y la restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena.

⁵⁷⁴ Vid MIRANDA ESTAMPRES, M.; *“El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”*. Cit. Pág. 130

⁵⁷⁵ Vid DE URBANO CASTRILLO, E y TORRES MORATO, M.A.; *“La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial”*. Cit. Pág. 81

recurso, la *calidad de la motivación* de la decisión adoptada.

b) La confesión del imputado como excepción a la conexión de antijuridicidad.

El efecto expansivo de la prueba prohibida prevenido en art.11.1 LOPJ, permite valorar únicamente pruebas independientes que no tengan relación causal con la ilícitamente determinada. Destaca en este particular el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional a la confesión voluntaria del inculpado como disgresor de la conexión de antijuridicidad mencionada; doctrina que quedó recogida en la STC 86/1995, al decir: “la confesión voluntaria del acusado es suficiente para fundamentar una declaración de condena, aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental”. Ahora bien, aunque el TC confirma la existencia de una conexión causal entre la prueba ilícita y la confesión voluntaria del acusado, aun así la voluntariedad y la emisión de la misma con todas las garantías, considera que rompe el nexo jurídico con la infracción inicial y permite su utilización a efectos de enervar la presunción de inocencia como prueba de cargo suficiente.

Dicha doctrina del TC ha sido recogida igualmente por nuestro TS, si bien en la STS 1203/2002, de 18 de julio advierte su ponente, Cándido Conde-Pumpido, que “dicha doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad” debe manejarse con suma precaución pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacía de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el artículo 11.1 LOPJ, que declara que “la utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar al acusado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el artículo 11.1 LOPJ. Como anteriormente se ha señalado, prohibir el uso directo de medios probatorios inconstitucionalmente obtenidos y permitir su aprovechamiento indirecto para exigir al acusado una explicación sobre los mismos, utilizando sus respuestas como base probatoria, constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso.”. Así, la admisión de la confesión voluntaria del acusado, lo que provoca, es la incorporación al proceso, mediante utilización indirecta, a través de su corroboración por éste, de todas las pruebas obtenidas o practicadas contraviniendo los derechos fundamentales, haciendo lícito el acto originariamente ilícito. De esta manera, habrá de analizarse las condiciones en que se produjo la confesión inculpativa, para determinar si la misma fue consecuencia de la propia voluntad del acusado y no viciada, estableciendo el TS los requisitos para dicha convalidación como establece en su STS 529/2010 de 29 de mayo⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Vid DUART ALBIOL, J.J.: “Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal” Cit. Pág.546. el TS viene exigiendo como requisitos para la convalidación: a) que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse, o en el caso de ser sumarial ratificarse, en el acto del juicio oral debidamente asistido declarante de letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que en su día pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales; b) que no se produzca retractación en el juicio respecto de la confesión

El Tribunal Constitucional mantiene la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, según resume la STC 128/2011 de 18 de julio (fundamento jurídico dos) con cita de la STC 66/2009 de 9 de marzo (a cuya fundamento jurídico cuarto se remite) en supuestos de declaración auto inculpativa, no sólo de acusado en el juicio oral (SSTC 136/2000 de 8 de mayo FJ 6º y 7º y 49/2007 de 12 de marzo) sino incluso del imputado en fase de instrucción (STC 167/2002 de 18 de septiembre FJ 8 y 184/2003 de 24 de octubre FJ segundo) y entre la declaración del imputado y la entrada y registro (STC 136/2000 de 29 de mayo FJ ocho) en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones, que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas y porque la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (STC 161/199 de 27 de septiembre FJ 4, 8/2000 de 17 de enero FJ tres y 136/2000 de 29 de mayo FJ ocho)

A su vez, el TS también ha atemperado su doctrina de la conexión de antijuricidad, condicionando la validez probatoria de la confesión voluntaria a que tuviera lugar una vez el Tribunal hubiera declarado la ilicitud de la diligencia, y que este dato fuera conocido por el acusado. Además habría de ser éste el que de manera espontánea y con todas las garantías, una vez advertidas a las partes la prohibición de preguntar acerca de dichos datos, asumiera la confesión de referencia. El TS en su STS 3 junio 2002, para establecer la inexistencia de conexión de antijuricidad consideró suficiente la confesión del acusado, realizada en el acto del juicio oral, y que tuviera lugar después de haber sido informado de sus derechos a no declarar contra sí mismo, a guardar silencio y a no confesarse culpable, y conociendo la reclamación de nulidad de la diligencia de apertura del paquete postal en donde se halló la droga.

La STS 498/2003, de 24 de abril, f.j.3º, ponente Joaquín GIMENEZ GARCIA, distingue tres supuestos: a) cuando el acusado sea preguntado en el plenario por hallazgos obtenidos en el marco de una prueba que con anterioridad a la vista oral el tribunal había declarado nula; b) cuando con carácter previo a la declaración del acusado en el juicio oral haya existido en el mismo plenario un debate acerca de la validez o no de una prueba y el tribunal haya resuelto en el acto sobre la nulidad o haya pospuesto la decisión a su resolución en sentencia, y c) cuando la nulidad de la prueba haya sido declarada en una instancia superior por un tribunal diferente del sentenciador. Salvo en el primer supuesto, en los demás casos la sentencia admite la utilización probatoria de la confesión del acusado, siempre que se haya practicado con información de derechos y asistencia letrada.

Por último existe un pronunciamiento del TS en su sentencia 28/2003 de 17 de enero, en el que cuestiona la teoría de la antijuricidad, con una crítica a la utilización probatoria de la confesión del acusado, cuestionando la conexión jurídica, decantándose, muy al contrario, por la desconexión y ello por

prestada en la fase sumarial, que en todo caso debe haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada pleno conocimiento de circunstancias y consecuencias etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior y c) que se trate de una confesión completa, es decir con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o cuando menos con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter testamentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios al confesante e ignorando lo que le fue favorable (f.j. tres)

dos razones: “primera, porque toda la información relevante, la que sirvió de base para que el instructor y la acusación pudieran formular al imputado las preguntas que dieron lugar a sus declaraciones inculpatorias, fue obtenida por la vulneración del art. 18.2 CE. De manera que entre el registro inconstitucional y esas manifestaciones corre un hilo conductor no simplemente causal-natural, sino de auténtica causalidad jurídica, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de una previa decisión judicial. Decisión judicial ejecutada con información del deber ser constitucional y legal al que, como práctica procesal afectante a derechos fundamentales, tendría que haberse ajustado, y que –tras de no haber sido así- siguió proyectándose y produciendo efectos en el marco de ulteriores actuaciones jurisdiccionales”

Siguiendo a DUART ALBIOL⁵⁷⁷, solo cuando el acusado haya efectuado su confesión libre y voluntariamente, con plena conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de la prueba, alcanzaría plena validez probatoria su manifestación autoincriminatoria. Sólo así cabe darse por quebrada la conexión de antijuridicidad.

3.3.- Por falta de presupuestos tanto en su ordenación como en su práctica.

La inadmisibilidad de la prueba no solo se produce por vulneración de derechos fundamentales como hemos visto con anterioridad. En el caso de las intervenciones corporales cobra especial relevancia el cumplimiento de los requisitos y presupuestos en su realización, y ello en función del principio de legalidad. La previsión legal constituye un requisito indispensable de eficacia probatoria pues de no encontrarse recogida en la ley y por tratarse de una diligencia limitativa de derechos fundamentales, la prueba obtenida resultaría ilícita.

De entre los requisitos formales en la adopción de la medida destacamos:

⁵⁷⁷ Entre otras STS 2/2011 (pleno) de 15 de febrero de 2011, FJ 6º, 91/2011 de 18 de febrero de 2011 FJ 4º y 132/2011 de 7 de marzo FJ 4º. Posteriormente el Auto del Tribunal Supremo número 1415/2012 de fecha 19 de julio ha recordado una vez más los requisitos esenciales que según la doctrina jurisprudencial ha de reunir el reconocimiento de los hechos por parte del imputado como excepción a la consideración de antijuridicidad: a) la eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional según tiene afirmado reiterada jurisprudencia del tribunal constitucional, b) la declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales en particular del derecho no confesarle culpable y a no declarar contra sí mismo con posibilidad de guardar silencio de no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulan; c) el imputado debe estar debidamente asistido de letrado; d) cuando se presta declaración en que se admiten los hechos, no debe estar acordado el secreto de las actuaciones ya que ello limitaría notablemente el derecho defensa; e) debe tratarse de una declaración voluntaria, espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad; f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible que ha sido descubierto mediante diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir, por tanto, cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y en su caso la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo como forma de garantizar la espontaneidad y la voluntariedad de la declaración, (FJ 1º). Requisitos ya establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo 245/2011 de 21 de marzo (FJ 2º) y reiterados entre otras en sentencia 316/2011 de 6 de abril (FJ 2º), 297/2011 de 7 de abril de 2011(FJ 2º) y 460/2011 de 25 de mayo (FJ 8º) y otras.

1.- Necesidad de resolución judicial. La ausencia de resolución judicial, - salvo en el caso de ser diligencias de prueba preprocesales-, determinará la vulneración de derechos fundamentales afectados y, por ende, la nulidad de las pruebas así obtenidas.

2.- Justificación teleológica de la medida. Lo mismo podemos predicar de la justificación teleológica de la medida contenida en la resolución judicial que la acuerde, debiendo justificar así el juicio de proporcionalidad de la misma, ponderando la relación entre derechos fundamentales y los fines constitucionales que legitiman su limitación.

3.- Motivación. Los mismos efectos tendrán la resolución judicial carente de motivación o insuficientemente motivada, con la consiguiente prohibición de valoración que de la misma se derive.

4.- Proporcionalidad. Las injerencias que no respeten el principio de proporcionalidad también se entenderá que vulneran los derechos fundamentales, otorgando idéntica ineficacia probatoria. Recordemos el principio de idoneidad, que GONZÁLEZ CUÉLLAR⁵⁷⁸ sostiene, puesto que si la medida no es adecuada (tanto cuantitativa como cualitativamente), se habrá quebrado el principio de proporcionalidad.

5.- Forma de realización. Los requisitos específicos de las inspecciones corporales imponen cómo han de llevarse a cabo, sin que su infracción lesione un derecho fundamental, por lo que, según advertíamos con anterioridad, para un sector de la doctrina no gozarán de la protección que le dispensa el art. 11.1. LOPJ, debiéndose remitir al régimen de nulidades del art. 238.3 LOPJ con las consecuencias prácticas que ello conlleva. Ahora bien, en el apartado correspondiente advertíamos de la falta de regulación sistemática de las intervenciones corporales, por lo que en la práctica resulta difícil hablar de pruebas ilícitas -según la nomenclatura de GIMENO SENDRA-, en el sentido de ser de imposible argumentación la inobservancia del procedimiento legalmente establecido.

4.- TRATAMIENTO PROCESAL DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.

4.1.- Control de la ilicitud de oficio o a instancia de parte.

Nuestro ordenamiento jurídico impide la incorporación al proceso de la

⁵⁷⁸ Vid GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *"Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal"*. Ed. Colex. 1990 Pag.333

prueba ilícita con vulneración de derechos fundamentales, con el objetivo no sólo de no formar la convicción judicial sino, además ni siquiera influir psicológicamente en el Tribunal. Con la particularidad del tema de la presente tesis sobre las injerencias corporales y, singularmente la toma de muestras de ADN, dada su configuración como diligencias de investigación o actos instrumentales de aseguramiento de las fuentes de prueba⁵⁷⁹, será en la fase de instrucción donde por regla general se pueda derivar dicha ilicitud, tanto en su acuerdo como en su práctica. El artículo 11.1 LOPJ establece que las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no surtirán efecto, pero nada advierte si es necesario denuncia de la parte a la que perjudica dicha ilicitud. La citada omisión legislativa requiere discernir si el Juez, de oficio, puede ejercer el control de dicha ilicitud, o si, por el contrario, no puede hacerlo si no es requerido por la parte a la que perjudica.

Aunque en un primer momento parece que el momento procesal idóneo para denunciar una ilicitud probatoria sería la fase del juicio oral -una vez presentados los escritos de calificación y propuestas las pruebas-, no es menos cierto que, a nuestro juicio, nada impide que pudiera realizarse en la fase de instrucción, aunque en dicha fase aún no se pueden considerar prueba plena⁵⁸⁰. Lo que sí debe examinar el Juez es la licitud o ilicitud de ciertos medios de investigación sumarial, rechazando de oficio o a instancia de parte aquellos en los que se constatará su nulidad, ya que no tendría sentido que el Juez estuviera obligado a proseguir con la instrucción, una vez constada la obtención prohibida de la prueba. Sostienen esta tesis autores como PAZ RUBIO⁵⁸¹, quien advierte que de no admitir dicha posibilidad se podría dar el caso de acordar una medida cautelar sobre la base de datos o informaciones obtenidas de forma manifiestamente ilícitas. En igual sentido JORGE BARREIRO⁵⁸², para el que en fase sumarial, una vez constatada y alegada ante el juez la ilicitud, el inculpado puede verse beneficiado con la exclusión de algunas medidas cautelares privativas o restrictivas de derechos. Son tres los momentos posibles para impugnar la nulidad de actuaciones por existencia de prueba ilícita: es decir, tanto al inicio de la vista como en el momento de admitirse la prueba y, finalmente, al dictarse sentencia y, posteriormente, en su fase correspondiente de recursos⁵⁸³.

De nuevo nos encontramos con una división de la doctrina. Mientras unos alegan que debía decretarse la ilicitud previa denuncia de la parte en la

⁵⁷⁹ Vid GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal penal*” 2º Edición. Cit. Pág. 351

⁵⁸⁰ Vid GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal penal*”. Cit. Pág. 351

⁵⁸¹ Vid PAZ RUBIO, JM.; “La prueba en el proceso penal”. Ed. Colex. Madrid. 1999. Pág. 232

⁵⁸² Vid JORGE BARREIRO, A.; “La prueba ilícita en el proceso penal”. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Año 1992. Volumen II. Cit. Pág. 1250. En cuanto a quién puede impugnar una *prueba* de esta naturaleza, es claro que serán las partes procesales; no obstante, algún autor sostiene que, llegados a este punto, hay que distinguir entre: a) *prueba* prohibida (vulneración de derechos fundamentales), b) *prueba* irregular (vulneración de legalidad ordinaria). En el primer caso, podrán impugnar las *pruebas* ilícitas todas las partes, incluido el Ministerio Fiscal, hayan sufrido o no lesión. En el segundo caso, sólo las partes procesales, objeto de lesión directa, estarán legitimadas para realizar la impugnación.

⁵⁸³ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “*Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la stc 81/98, de 2 de abril)*” Cit. Ep. 1399. Tratamiento procesal de las pruebas ilícitas

fase de juicio oral⁵⁸⁴, otro sector mayoritario de la doctrina -entre los que se encuentra ORMAZÁBAL SÁNCHEZ⁵⁸⁵-, sector doctrinal, opina que dichos preceptos legales no son óbice para que en la fase investigadora el Juez de Instrucción, pueda apreciar de oficio dicha ilicitud, no necesariamente condicionada a la denuncia de parte. Según éstos, una vez que el juez observare la ilicitud de un objeto de prueba, ya lo sea en el momento de su admisión como en el acto de la vista oral, deberá, en virtud de lo dispuesto en el art. 20.2 LOPJ ponerlo en conocimiento de las partes, concediéndoles audiencia para celebrar la oportuna vista en la que defiendan sus posiciones: “el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que haya recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin el proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas o alguna de las actuaciones”.

Siguiendo a MARTÍNEZ ARRIETA en orden a los efectos de la vulneración⁵⁸⁶, consideramos conveniente tomar en cuenta la distinción que sobre la lesión al derecho fundamental se ha realizado en la doctrina alemana. Suele distinguirse entre motivos de casación absolutos y relativos. Los primeros, suponen la *nulidad* del proceso, o de la sentencia, ordenando su repetición, en tanto que los relativos, suponen la pretensión de sustitución del fallo de la sentencia recurrida resolviendo, de forma definitiva el conflicto originado por el hecho delictivo que ha sido objeto del proceso penal. El TS en su STS 24 de junio 93 (recurso nº3278/1991) declara en su FJ 1º que “no es pacífico el tema de si el propio Juez de Instrucción puede/debe declarar la nulidad cuando compruebe la vulneración de un derecho constitucional y tampoco sobre la preclusividad o no del efecto si en dicha fase el problema no se plantea y el Juzgado no lo resuelve de oficio. Como es frecuente en el derecho, en este caso no parece adecuado establecer reglas fijas e inamovibles. Todo puede depender de las circunstancias”.

Cabe citar, en este momento, como cuestión curiosa de la doctrina, frente al tema que estamos tratando, la polémica surgida entre GIMENO SENDRA y ASENIO MELLADO que tuvo lugar mediante varios artículos doctrinales que fueron dedicados a la procedencia o no de exclusión de la prueba ilícita en la instrucción.

⁵⁸⁴ Para lo que se apoyan en lo establecido en el antiguo art. 793.2 LECrim que regulaba la audiencia sanadora del procedimiento abreviado: “... a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de ...la vulneración de un derecho fundamental, redacción que se mantiene en el actual 786.2 según la redacción dada por la Ley 38/2002.

⁵⁸⁵ Vid ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.; “*El período intermedio del proceso penal*”. Ed. McGrawHill, Madrid, 1997 págs. 129 y ss. defiende la necesidad del control de la licitud de las pruebas durante la fase intermedia como presupuesto para acordar la apertura del juicio oral, sin perjuicio que durante la fase instructora corresponde al órgano instructor velar por que la investigación se desarrolle sin conculcar los derechos fundamentales, debiendo decretar, de oficio o a instancia de las partes, la nulidad de las actuaciones que hayan incurrido en tal irregularidad.

⁵⁸⁶ Vid MARTÍNEZ ARRIETA, A.; “*El recurso de revisión y casación penal*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2013. Pág. 193

GIMENO SENDRA⁵⁸⁷ mantenía que el Juez de Instrucción no debía efectuar declaraciones sobre la ilicitud de las pruebas pues según él ésta era una competencia del órgano jurisdiccional decisor, quien, bien en la comparecencia previa, bien en la Sentencia podrá declarar la inconstitucionalidad de tales pruebas, así como la extensión de sus efectos.

Frente a la tesis anterior se alzó ASECIO MELLADO⁵⁸⁸ quién defendió la tesis contraria, la de la procedencia de la exclusión de la prueba ilícita por el Juez de Instrucción.

Ambas tesis fueron contestadas por su contrario en sendos artículos defendiendo nuevamente las mismas, ahora ya en estas nuevas sedes argumentando jurídicamente cada postura.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Vid GIMENO SENDRA, V: "Necesidad de efectuar reformas legislativas en el ámbito (...) penal (...). Diario la Ley nº 7990 de 26 de diciembre de 2012.

⁵⁸⁸ Vid ASECIO MELLADO, J.M.: "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales". Diario La Ley 25 de enero de 2013. Diario núm. 8009. Ed. La Ley.

"Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. GIMENO SENDRA)". Diario La Ley, Nº 8026, Sección Doctrina, 19 de Febrero de 2013, Editorial LA LEY. Madrid 2013. En el citado artículo el autor reitera su posición doctrinal entendiendo que la tendencia no es la de reducir la prueba ilícita a una mera prohibición de valoración que haya de ser remitida al juicio oral para su decisión por el tribunal competente en contra de lo que mantiene GIMENO SENDRA. Para el autor, cuando se excluye una prueba por derivar de un delito, no se hace por provenir de ese delito, sino porque afecta a un derecho fundamental. O, lo que es lo mismo, solo sucede la exclusión o la misma decisión de sobreseimiento si solo consta esa prueba, ante delitos que comportan infracción de derechos fundamentales, no todos. Y así sucede con la tortura o con la entrada en domicilio sin orden judicial. Los derechos son los que determinan la invalidez de la prueba, no la actividad típica delictiva. Y, de seguirse la postura que remite al juicio oral la valoración de la ilicitud, no habría otro remedio que mantener el proceso vivo e investigar los datos obtenidos a partir de la prueba claramente ilícita. Al menos, conforme a la teoría del Prof. GIMENO hasta tanto no se condenara por sentencia firme a los autores de la prueba ilícita.

⁵⁸⁹ Vid GIMENO SENDRA, V.: "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (Contestación al artículo del Prof. ASECIO)". Diario la Ley nº 8021, Sección Doctrina, 12 de febrero de 2013. Ed. La Ley. Madrid 2013. En la opinión del autor la tesis de que el Juez de Instrucción estuviera legitimado para expulsar de la investigación sumarial las pruebas ilícitas no se cohonesta con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la conexión de antijuricidad y exclusión de valoración de las pruebas inconstitucionales, materia cuya competencia corresponde según él al tribunal decisor, bien en la comparecencia previa, bien en su sentencia.

"La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASECIO)". Diario la Ley nº 8027 de 20 de febrero de 2013. Ed. La Ley. Madrid 2013. En este artículo GIMENO SENDRA da por zanjada la polémica, argumentando jurídicamente los fundamentos que avalaban dicha tesis. Las conclusiones a las que llega el citado autor son: 1.^a. «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica» [art. 1 LO 2/1979, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC)]. Diga lo que diga el Prof. ASECIO, el Tribunal Constitucional no está sometido a la LOPJ, sino a su LOTC.

2.^a. Por tanto, el art. 11.1 LOPJ, que consagra la eficacia refleja de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas, no vincula al TC, y sí a los Juzgados y Tribunales del Poder Judicial.

3.^a. Pero en el momento actual los jueces no son (como diría MONTESQUIEU) «la boca que pronuncia las palabras de la Ley», sino que interpretan sus preceptos y en lo que a la interpretación gramatical del art. 11.1 LOPJ se refiere no la sostiene siquiera el Tribunal Supremo, en el que tan sólo queda un Magistrado [el Excmo. Sr. D. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

4.2.- Momento procesal de denuncia

a) *Procedimiento ordinario*

Para cierto sector de la doctrina, como hemos advertido -tal como sostiene JUANES PECES⁵⁹⁰-, el único momento hábil para determinar si una prueba es o no ilícita es el de dictar sentencia⁵⁹¹. Por el contrario para otro sector doctrina entre los que destacan FERNÁNDEZ ENTRALGO⁵⁹², y JORGE BARREIRO⁵⁹³, el juez podrá valorar la eventual ilicitud de una prueba no sólo en el momento de dictar sentencia, sino también en la fase previa. Ahora bien, de existir pruebas lícitas, o tener el Juez dudas acerca de la legalidad o no de una prueba en concreto, deberá proseguir el proceso hasta el dictado de la sentencia, en cuyo momento se valorará la licitud de la prueba apreciada por el

] decidido partidario de la prueba refleja. Huelga, por tanto, que se diga que el TC, frente al legislador, limita los derechos fundamentales: no existe limitación alguna, ni por el TC, ni por el TS, sino interpretación de una norma de la LOPJ que, de aplicarse en su literalidad, desprotegería a la sociedad, sobre todo en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción política.

4.ª. El TC no ha consagrado la teoría de la «prueba ilícita», sino la doctrina (germana) de la exclusión de valoración de la prueba inconstitucionalmente obtenida y de las que tengan, con respecto a ella, una conexión de antijuricidad.

5.ª. Tampoco existe sentencia alguna del TC, ni del TS que faculte al Juez de Instrucción a declarar la nulidad de la denominada «prueba ilícita». Es cierto que su jurisprudencia tampoco lo prohíbe, pero, hoy por hoy, la LECrim. no contempla esta posibilidad.

6.ª. Y es que *la función del Juez de instrucción no consiste en valorar pruebas, ni en expulsar de su investigación las «ilícitas» y todas las que se deriven de ellas, sino en investigar y recabar la prueba del hecho punible y la responsabilidad de su autor* (art. 299 LECrim.) y, si no existieran indicios racionales de criminalidad, habrá de dictar un auto de sobreseimiento. Lo que ningún precepto de la LECrim. le autoriza es a declarar nulidades derivadas de una supuesta prueba ilícita. De ser así, se le otorgaría al Juez de Instrucción un poder omnímodo, que sustraería la legítima competencia del órgano de enjuiciamiento sobre la valoración de la prueba. Esta supuesta facultad será un *desideratum* del Prof. ASENSIO, pero, *de lege data*, habrá que convenir en que todo lo referente a la valoración de la prueba constituye una competencia del órgano de enjuiciamiento, quien, bien en la comparecencia previa, bien en su sentencia habrá de decidir sobre la exclusión de su ámbito decisorio de la prueba inconstitucionalmente obtenida, así como de la extensión de sus efectos (arts. 786.2 y 741 LECrim.).

⁵⁹⁰ Vid JUANES PECES, A.; *“El proceso penal. Prueba y presunción de inocencia; especial consideración de la prueba ilícita”*. Cit. Tol20248

⁵⁹¹ Vid LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *“Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”*. Cit. pág. 127

⁵⁹² Vid FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.; *“Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas; la prueba ilegítimamente obtenida”* La prueba en el proceso penal (II). Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 170

⁵⁹³ Vid JORGE BARREIRO, A.; *“La prueba ilícita en el proceso penal”*. Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Volumen II (1992). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cit. pág. 1.237.

Juez Instructor y la ilicitud parcial o total de determinados medios de investigación sumarial. Para otro sector⁵⁹⁴, el juez habrá de pronunciarse sobre las mismas y no esperar hasta la fase de juicio oral para que sea el órgano sentenciador el que repare la infracción de esos derechos fundamentales. Como afirma URBANO CASTRILLO, debe interpretarse de una manera flexible la posibilidad de impugnar esta ilicitud en cualquier momento antes de la sentencia, siempre que se respete el debate contradictorio⁵⁹⁵.

La LECrim no contiene artículo alguno que especifique este extremo, en el procedimiento ordinario, a diferencia de lo que regula para el procedimiento abreviado dónde sí lo hace, como veremos a continuación, lo que sería deseable de cara a eliminar la indeterminación que tal anomia genera, con el fin de evitar la introducción en el plenario de una fuente de prueba obtenida de forma ilícita⁵⁹⁶. La investigación realizada por el Juez de Instrucción no es incompatible con la valoración en el momento procesal que se propone, dado que se trata de salvaguardar los intereses de víctima y justiciable –según el caso-⁵⁹⁷; solución a todas luces más consecuente con el espíritu de la norma ex art. 11.1 LOPJ⁵⁹⁸. En idéntico sentido DE JUANES PECES⁵⁹⁹, quien sostiene que la mayoría de la doctrina entiende que el juez podrá repeler de oficio las pruebas ilícitamente obtenidas. El problema se plantea en torno a la determinación del momento para realizar este juicio valorativo. BARREIRO⁶⁰⁰ diferencia los momentos idóneos para declarar la *ilicitud* de una *prueba* por el Juez de Instrucción, entre otros: a) al resolver sobre algunas medidas cautelares, b) al dictar auto de conclusión de sumario sin procesamiento, c) archivar la causa en el procedimiento abreviado.

La circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, dice al respecto: “Ahora bien, si a pesar de la vigilancia del Fiscal para impedir la intervención de las comunicaciones telefónicas sin habilitación judicial suficiente, éste ha tenido lugar y se pretende su incorporación al proceso, el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano jurisdiccional se declare la nulidad de esa actuación, y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el *derecho fundamental* injustamente conculcado. Para ello cuenta, desde la misma fase de instrucción y en caso de que no pueda

⁵⁹⁴ Vid MIRANDA ESTAMPRES; “*El concepto de prueba ilícita...*” Cit. Pág. 146

⁵⁹⁵ Vid URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.; “*La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*”. Cit. Pág. 23.

⁵⁹⁶ STS 24 junio 1993 afirma que “No es pacífico el tema de si el propio Juez de instrucción puede/debe declarar la nulidad cuando compruebe la vulneración de un *derecho fundamental* y tampoco sobre la preclusividad o no del efecto si en dicha fase el problema no se plantea y el Juez no lo defiende de oficio. Como es frecuente en el derecho, en este caso, nos parece adecuado establecer las reglas fijas. Todo puede depender de las circunstancias. Si se constata una vulneración grave en fase de instrucción —una declaración prestada bajo tortura, por ejemplo— el Juez sin duda, declara su nulidad para separar del proceso esa actividad.”

⁵⁹⁷ Vid MIRANDA ESTAMPRES; “*El concepto de prueba ilícita...*” Cit. Pág. 147

⁵⁹⁸ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “*Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2009. Pág. 168.

⁵⁹⁹ Vid JUANES PECES, A.: “*El proceso penal. Prueba y presunción de inocencia; especial consideración de la prueba ilícita*”. Cit. Tol20248.

⁶⁰⁰ Vid JORGE BARREIRO, A.; “*La prueba ilícita en el proceso penal*”. Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Volumen II (1992). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cit. pág. 1.238.

prosperar ya el recurso (por preclusión del plazo, por ejemplo), con el expediente previsto en el artículo 240.2 LOPJ. El hecho de que el incidente lo promueva de oficio el Juez no obsta para que el Fiscal pueda instar del órgano judicial el planteamiento del incidente, lo que podrá hacer bien sirviéndose del cauce de los trámites de alegaciones expresamente previstos en la ley procesal, o bien por escrito dirigido al Juez en cualquier momento de la tramitación. Este incidente de nulidad ex officio, por otra parte, puede plantearse no sólo en la fase de instrucción, sino en cualquier momento del proceso antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso”.

Y ello tiene su trascendencia, porque algún sector de la doctrina hurta dicha posibilidad al Juez Instructor al considerar que carece de potestad normativa que autorice dicha actividad⁶⁰¹. Si la única prueba de cargo que incrimine a un acusado es considerada nula, el Juez Instructor habrá de no dictar auto de procesamiento y concluir el sumario, pudiendo esta decisión ser recurrida ante la Audiencia. Si se trata del procedimiento abreviado, debería obtener el mismo predicamento, y no dictar auto de apertura de juicio oral. Ambas conclusiones son determinantes, de ser clara la ilicitud de la prueba, pues en otro supuesto debería seguirse el proceso hasta la fase del juicio oral, donde se determinará lo precedente por el órgano juzgador que es, en definitiva, el competente para admitir pruebas. Por el contrario, la admisión de la prueba manifiestamente ilícita podría conllevar la práctica de otras basadas en los datos o informaciones que resultan de aquella, lo que, en virtud de la teoría de los frutos del árbol envenenado, provocaría la construcción de un sumario sobre los cimientos de pruebas todas ellas ilícitas.

El TS reconoce la posibilidad de que el Juez Instructor declare la ilicitud de las pruebas en instrucción, pero siempre que compruebe la vulneración de un derecho constitucional⁶⁰². También reconoce que si el Juez de Instrucción no lo hace, no precluye la posibilidad de la parte que se vea afectada por ese perjuicio y que pueda reproducir dicho extremo ante el órgano sentenciador, bien con anterioridad al juicio oral, durante el mismo o en la propia fase de conclusiones. Concluyendo: para MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁰³, sin un trámite específico destinado a regular este incidente probatorio previo a la práctica de la *prueba* reputada como ilícita, no es posible evitar los efectos prejudiciales de la presencia de estas pruebas dentro del proceso y ello provoca un

⁶⁰¹ Vid BAÑO Y ARACIL, J.; “*El Ministerio Fiscal en la Instrucción de los delitos*”, Revista General del Derecho, núm. 594, Págs. 1759-1960, plantea la problemática de que el mismo órgano que pide la diligencia, que resulta ser nula, debe ir contra sus propios actos. Esto se hace extensible a la función del Ministerio Fiscal a la hora de pedir medidas cautelares, por ejemplo.

⁶⁰² STS 24 de junio de 1993: “No es pacífico el tema de si el propio juez de instrucción puede/debe declarar la nulidad cuando compruebe la vulneración de un derecho constitucional, y tampoco sobre la preclusividad o no del efecto, si en dicha fase el problema no se plantea, y el juzgado no lo resuelve de oficio. Como es frecuente en el derecho, en este caso no parece adecuado establecer reglas fijas e inmovibles. Todo puede depender de las circunstancias. Si se constata una vulneración grave en la fase de instrucción, una declaración prestada bajo tortura, por ejemplo, el juez sin duda declarará su nulidad para separar del preproceso esa actividad.”

⁶⁰³ Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “*Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*”. Cit. Págs. 168 a 194.

desequilibrio para la parte acusada, pues el Juez en la sentencia podrá tener en cuenta estas pruebas y sobre ellas realizar el aludido juicio de desconexión de antijuridicidad.

Por último hay que advertir que el Ministerio Fiscal, en virtud de la función que le otorga el art. 124 CE: “ha de velar por el respeto de los derechos fundamentales de la persona impidiendo que la injerencia en los mismo sea arbitraria y no se ajuste en todo momento a las previsiones constitucionales”. Esta función resulta relevante en los casos en los que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 302 LECrim, se decreta el secreto de las actuaciones. En estos casos sólo el Ministerio Fiscal será el que tendrá conocimiento de los medios de investigación y por ende, sobre el mismo deberá recaer la responsabilidad de combatir aquellas resoluciones limitativas de derechos fundamentales que no se ajusten a los principios constitucionales o no guarden el debido principio de proporcionalidad.

b) Procedimiento abreviado.

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, estableció la posibilidad de alegación por las partes de vulneración de derechos fundamentales una vez iniciado el juicio oral. Dicho trámite no desapareció tras la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de octubre de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. El art. 786.2 actual (reproducción del antiguo 793.2) dice: “el juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan exponer las partes lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas”⁶⁰⁴.

La jurisprudencia ha configurado esta audiencia *saneadora* como el momento procesal idóneo para alegar las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran determinar la licitud o la ilicitud de la prueba⁶⁰⁵, si

⁶⁰⁴ Vid MORENO CATENA, V., GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal penal*”. Cit. Pág. 794. Aunque la audiencia preliminar se integra dentro de las sesiones de juicio oral, constituye un acto totalmente diferenciado.

⁶⁰⁵ Auto TS 3 de febrero 1993 declaraba, en su fj 3º, que “Respecto a la denunciada vulneración de normas esenciales del procedimiento en el desarrollo y obtención de pruebas practicadas, hay que remitirse en todo e incondicionalmente a lo que esta Sala expuso en su último Auto de 18-12-1992. Cualquier decisión que en este momento pudiera tomarse carecería, en principio, de la suficiente apoyatura o justificación. El tema de la nulidad de la prueba (que, a su vez, ofrece, como es bien sabido, categorías distintas: nulidades absolutas, relativas, irregularidades procesales, etc.), con diferentes efectos, según las circunstancias, no puede ser resuelto en este momento procesal. En principio, y existe ya jurisprudencia de la Sala en este sentido, la decisión a este respecto tiene su ubicación en el mismo acto del juicio oral. Cuando el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula específicamente un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano Judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de

bien algunos autores como DE JUANES PECES⁶⁰⁶, precisan que, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse en este trámite, especialmente previsto para estos fines tal y como se ha expuesto, también es correcto, como pone de manifiesto la STS de 7 de abril de 1995 aplazar la decisión hasta el momento de dictarse sentencia, siempre que existan razones objetivas suficientes para ello, ya que este criterio viene impuesto por el análisis racional del precepto procesal realizando una interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los artículos 11.1, 283.3 y 242 LOPJ. La evitación de vulneración de derechos fundamentales es, entre otras materias, una de las finalidades de este incidente previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, puesto que se exige por el mismo la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, sobre todo si durante la vista oral se aportan o reproducen *pruebas* esclarecedoras al respecto.

Nuestra jurisprudencia establece como idónea la audiencia de referencia al entender –equivocadamente a mi juicio–, que el Juez de Instrucción deberá pronunciarse con anterioridad sobre la ilicitud de la prueba. En contra, Augusto de Vega Ruíz sostiene en voto particular en la misma resolución, que no cabe resolver sobre dicha nulidad (salvo en casos graves que provoquen efectiva y evidente indefensión) en la fase de instrucción, debiendo aplazarse hasta este momento dicha discusión⁶⁰⁷. A juicio del alto tribunal, dado que los principios que rigen el Procedimiento Abreviado son los de concentración y rapidez, tal cuestión carece de trascendencia práctica puesto que no cabe otro recurso que el que cabe contra la sentencia en su

artículos de previo pronunciamiento (ver art. 666), causas de suspensión del juicio oral, como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto, está exteriorizando y fijando el camino más idóneo y general para depurar una serie de cuestiones que, de no resolverse previamente, enturbiarían, y a veces gravemente, el posterior desarrollo del proceso y una pérdida no razonable de tiempo y esfuerzos. Este camino no es, desde luego, el único, pero es el ordinario. En efecto, si el juez o Tribunal, no verificara, por unas u otras razones, esa audiencia preliminar, constata después la nulidad radical de la prueba o la incompetencia, tendrá así que declarar en cualquier otro momento posterior, siempre que al hacerlo se cumpla la exigencia de contradicción, uno de los principios esenciales del proceso. Es decir, este trámite no es preclusivo. En cambio, antes de este momento, salvo circunstancias muy excepcionales, que desde luego no son del caso, tales como los supuestos de infracciones procesales y constitucionales que impliquen efectiva indefensión (art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), relativas a diligencias no reproducibles o no subsanables en el juicio oral, es decir, en los supuestos de las llamadas pruebas preconstituidas (v. Arts. 448, 467, 417, etc.), no es procedente pronunciarse, incluido el problema que se plantea, en el recurso que ahora se resuelve, de la actuación del señor Van S. al obtener indebidamente, se dice, documentos de la empresa para la que trabajaba, trayendo a colación la teoría del “árbol envenenado”; porque para hacerlo exige, como tantas veces se ha dicho, un conocimiento en profundidad del tema, que ahora no se tiene”.

⁶⁰⁶ Vid JUANES PECES, A.; *“El proceso penal. Prueba y presunción de inocencia; especial consideración de la prueba ilícita”*. Cit. Tol20248

⁶⁰⁷ STS 160/1997, de 4 de febrero fj 1º: “Al expresar el Texto Legal que el Tribunal resolverá “lo procedente” ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite”

momento⁶⁰⁸.

A esta línea jurisprudencial habría de reprocharle que el momento de resolver sobre la ilicitud no carece de consecuencias en la práctica, esencialmente considerando los efectos reflejos que suscita así como la propia influencia psicológica en el ánimo del juzgador. Además, cobra especial importancia dicho momento al cobijo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, especialmente en los supuestos de confesión voluntaria del acusado, valorada como prueba jurídicamente independiente. Como afirma MIRANDA ESTAMPRES⁶⁰⁹, la jurisprudencia sanciona el carácter no preclusivo de la audiencia pudiendo hacerse en cualquier momento procesal, incluido en fase de recurso, si bien esto sólo es posible en el caso de que las nulidades sean ostensibles y patentes, autorizando a dicha revisión para éstas por el Tribunal superior, vía recurso.

Dicha línea jurisprudencial cuenta con una oposición de un sector muy importante de la doctrina, LOZANO-HIGUERO PINTO y MARCHENA GÓMEZ al considerar que un adecuado sistema de tutela de los derechos fundamentales postula un amplio poder saneador de oficio por el Juez, previa audiencia de las partes⁶¹⁰. Lo necesario sería reconocer a las partes la posibilidad de denunciar y al Juez de apreciar la ilicitud de las pruebas en cualquier momento procesal, no sólo en la audiencia preliminar, pues nada habría de impedir, a pesar del silencio legal, dicha solución.

c) Tribunal del Jurado

1.- *Planteamiento de cuestiones previas.* El artículo 36.1 b) de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, prevé que cualquiera de las partes pueda plantear como cuestión previa al Magistrado Presidente antes de constituirse el Tribunal del Jurado, la posible vulneración de un derecho fundamental. Además el apartado e) permite la impugnación de las pruebas propuestas por las otras partes. Como advierte MIRANDA ESTAMPRES⁶¹¹, la formulación de dichas cuestiones dará lugar a la incoación de un incidente procesal que según lo previsto en el art. 36.2, deberá ajustarse a los artículos

⁶⁰⁸ STS de 6 de marzo de 1995 (recurso nº 579/1994), dictada en el denominado Caso Gorostiza, criticó la actuación del Tribunal de instancia al pronunciarse mediante una resolución motivada sobre la ilicitud de las pruebas que había sido planteada por las partes en el marco de la audiencia preliminar, en contra del criterio de actuación seguido por la propia Sala 2ª en algunos asuntos de su competencia, declarando que “No cabe duda de que el Auto de la Audiencia Nacional de 20 diciembre de 1993 fue extemporáneo, pues el planteamiento formal de la cuestión que decidió negativamente tal resolución, tuvo lugar en el pórtico del juicio oral de un procedimiento abreviado y al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige dar una respuesta “in actu” y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa”. Incluso en alguna sentencia el TS criticado la resolución en Auto sobre dicha solicitud en la audiencia preliminar, aconsejando hacerlo en sentencia, si bien establece que dicha facultad es admisible y discrecional del Tribunal enjuiciador

⁶⁰⁹ Vid MIRANDA ESTAMPRES; “*El concepto de prueba ilícita...*” Cit. Pág.156

⁶¹⁰ Vid LOZANO-HIGUERO PINTO, M. y MARCHENA GÓMEZ, M.; “*La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*”. Ed. Comares. Granada. 1996.

⁶¹¹ Vid MIRANDA ESTAMPRES; “*El concepto de prueba ilícita...*” Cit. Pág. 158

de previo pronunciamiento recogidos en los art. 668 a 677 LECrim⁶¹². Ambos apartados posibilitan o facultan a las partes a denunciar la posible ilicitud de las pruebas sin necesidad de esperar al inicio de las sesiones de la vista oral. Sin embargo las consecuencias de un y otro (arts. 36.1 y 36.2), no son idénticas⁶¹³.

La declaración de ilicitud de la prueba del apartado b) art. 36.1 LOTJ, implicará la no incorporación de la prueba al proceso, sin que pueda dársele traslado a los miembros del Jurado; cuidado excesivo dado el evidente riesgo de contaminación de sus miembros o, de los datos o informaciones obtenidos con dichas pruebas (art. 672, 2º LECrim). Esto provoca la limitación a la parte de probar precisamente la ilicitud de la prueba, pues pudiera darse que sólo a través de la prueba testifical pudiera quedar acreditada dicha ilicitud. Además dicho cause procesal es escrito, en detrimento de la oralidad y viveza del debate. El Auto que resuelva el incidente es susceptible de recurso ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 846 bis. a párrafo 2º, LECrim), si bien no podrá reproducir en el juicio oral la petición de ilicitud de la prueba en caso de haber hecho uso del art. 36.1 LOTJ. Por último el art. 36.1 establece la denuncia de parte de la ilicitud de las pruebas, si bien nada impide que controlado de oficio dicho extremo por el Juez, éste lo pudiera poner en conocimiento de las partes para que alegasen lo que estimaren procedente. Nuestra doctrina y Jurisprudencia admiten que dichas cuestiones puedan ser apreciadas en cualquier momento de la causa, incluso de oficio por el tribunal sentenciador, a pesar de lo dispuesto en el art. 667 LECrim que establece que las cuestiones previas debieran proponerse por las partes en el término de tres días, a contar desde la entrega de los Autos para su calificación.

Así, advertida la ilicitud probatoria por el Magistrado-Presidente, cierto sector doctrinal sostiene que aunque ninguna de las partes lo haya instado como cuestión previa, dicho Magistrado-presidente deberá ponérselo de manifiesto y concederles un plazo para alegaciones, y en su caso, proposición de prueba al amparo de lo dispuesto en el art. 240.2 LOPJ y 287 LEC. Otro sector de la doctrina, con GIMENO SENDRA a la cabeza, estiman que en este caso rige el principio de aportación de parte, no disponiendo el Juez, pues, de dicha facultad⁶¹⁴. Advertir que los pronunciamientos sobre la inadmisión de la prueba no se pueden recurrir, salvo el recurso contra la sentencia final y siempre que conste la oportuna protesta. (art. 37,d 2º LOTJ).

No parece pues, que exista ningún óbice procesal para alegar la ilicitud de la prueba con anterioridad a las cuestiones previas, durante la fase de instrucción. Dos parecen los momentos más oportunos: la comparecencia del artículo 25 LOTJ, al objeto de fundamentar la solicitud de sobreseimiento

⁶¹² Vid JUANES PECES, A.; *“El proceso penal. Prueba y presunción de inocencia; especial consideración de la prueba ilícita”*. Cit.Tol20248. Mediante esta regulación se introduce en el proceso de jurado el sistema de incidente previo en orden a resolver la licitud o ilicitud de una prueba concreta.

⁶¹³ Vid DEL MORAL GARCIA, A.; *“La fase intermedia en el proceso ante el Jurado”* Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva. Ed. Comares. Granada 1996. Pág. 173

⁶¹⁴ Vid GIMENO SENDRA, V.; *“La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASENSIO)”*, Diario La Ley, núm. 8021, Sección Tribuna, 12 de febrero 2013, Año XXXIV

cuando la fuente de prueba que haya servido para fundamentar la imputación hubiera sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales o, en la audiencia preliminar (art. 30 y 31 LOPJ). Advertir que dada la especialidad del proceso ante el Tribunal del Jurado, el Magistrado-Presidente no cuenta con la totalidad del sumario, lo que hubiera sido deseable al menos al objeto de comprobar la posible ilicitud de las pruebas. No obstante, la parte que plantee la ilicitud de la prueba podría, al amparo del 688 LECrim pedir al Magistrado-presidente que reclame al Juez de Instrucción la totalidad de las diligencias de investigación practicadas, pudiendo éste al amparo de lo dispuesto en el 671 LECrim reclamarle la entrega de éstas. Dicha cuestión deberá resolverse en pieza separada sin que los miembros del Jurado tengan acceso a ella.

Todo lo anterior es predicable frente a la denuncia de ilicitud probatoria por vulneración de derechos fundamentales al apartado del 36.1.b) LOTJ. El resto de solicitud de ilicitud probatoria solicitada al amparo del 36.1.e) LOPJ, lleva un procedimiento distinto para resolver. Se dará traslado a las demás partes para que en el término de tres días puedan instar por escrito su inadmisión”, dicho intercambio de escritos, sin posibilidad de proponer ni practicar prueba alguna con objeto de acreditar la existencia de dicha ilicitud que será resuelto por el Magistrado-Presidente en el auto de hechos justiciables, contra el que no cabe recurso alguno (Art. 37,d, 2º LOTJ).

2.- *En el acto del juicio oral.* La única referencia normativa en este extremo la tenemos en el art. 54.3 LOTJ sobre las instrucciones a los jurados, en las que el Magistrado-Presidente deberá advertirles de la “necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él”

La Exposición de Motivos de la LOTJ al referirse a las *instrucciones* dice: “Pero su justificación, que no es otra que suplir las deficiencias que puedan derivarse del desconocimiento técnico de la Ley, impide que puedan extenderse a aspectos en los que los Jurados deben y pueden actuar con espontaneidad. Por ello se estima adecuado suprimir entre sus contenidos uno cuya inclusión determinó una gran polémica en nuestra pasada experiencia histórica: el resumen de la prueba practicada. Sin embargo, el asesoramiento técnico no puede prescindir de la advertencia de no atendibilidad de aquellas actividades probatorias que adolezcan de defectos legales que obligan a desecharlas...”. Sin embargo, la ley no prevé expresamente ni cuándo ni cómo el Magistrado-Presidente ha realizado tal declaración de nulidad o ilicitud. Por otro lado, esta advertencia, tal como indican GARBERÍ LLOBREGAT y GIMENO SENDRA⁶¹⁵, puede llegar muy tarde, ya que tiene lugar una vez celebrado el juicio oral y practicada toda la actividad probatoria ante los miembros del Jurado. El legislador presupone, además que dicha declaración de nulidad de un determinado medio probatorio, ha tenido lugar una vez practicado el mismo, con los problemas de contaminación que plantea su práctica a presencia de los miembros del Jurado.

La consecuencia práctica es la escasa eficacia que pueda tener en los

⁶¹⁵ Vid GABERÍ LLOBREGAT, J y GIMENO SENDRA, V.; “*Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*”. Cit. Pág. 299

miembros del jurado dicha previsión, pues resulta muy difícil borrar el impacto psicológico que sobre éstos haya podido crear la prueba determinada ilícita⁶¹⁶. En este caso, un sector importante de la doctrina se inclina por una solución radical, la recusación de los miembros del Jurado, si bien dicha posibilidad está vetada en nuestro sistema legal. Sería aconsejable, bajo mi punto de vista una modificación de la legislación en ese sentido en aras a conseguir la mayor transparencia y legitimidad del proceso, acordando la disolución del jurado y constitución de uno nuevo, con exclusión en la actividad probatoria de aquella que hubiera sido declarada ilícita.

De la anterior lectura de la exposición de motivos parece inferirse la posibilidad de plantear la ilicitud probatoria durante el juicio oral: "en el juicio, durante todo él, se puede poner de manifiesto la ilegalidad o la absoluta falta de fuerza incriminatoria de los medios de prueba de que se dispuso", lo que implicaría que el Magistrado-Presidente (en un momento procesal diferente al período intermedio, esto es, en el juicio oral), haya podido determinar la ilicitud de un determinado medio de prueba, pero no se encuentra en la ley ningún incidente que haga referencia a tal fin.

Admitida dicha posibilidad parece que el momento idóneo para alegar la ilicitud de la prueba habría de ser el trámite de alegaciones previas, al inicio de las sesiones del juicio oral, que recoge el artículo 45 LOTJ. Estas alegaciones previas tienen como fin explicarle a los miembros del Jurado las pruebas de las que intentan valerse las partes con el fin de explicar además el contenido de sus calificaciones, en este trámite se prevé además la posibilidad de proponer nuevas pruebas. Pruebas que podrían tener como finalidad probar la ilicitud de las que ya obraran en la causa. Posteriormente se prevé que el Magistrado Presidente, una vez solicitada nuevas pruebas, resuelva tras oír a las demás partes que podrán oponerse a su admisión. Éste sería el momento procesal para oponerse a aquellas pruebas que fueron indebidamente admitidas, a su juicio, por el Magistrado-Presidente. Pronunciamiento que era irrecurrible.

Planteada la ilicitud de la prueba, el debate habría de hacerse sin la presencia del jurado, quienes habrían de abandonar la sala hasta que el Magistrado-Presidente resolviese sobre la ilicitud de las pruebas admitidas además de sobre la admisión de las nuevas propuestas.

Recordemos que la LOTJ no permite que las partes puedan reproducir en el juicio oral la petición de ilicitud de las pruebas cuando ya lo hubiesen planteado, durante la fase intermedia como cuestión previa. Cabría preguntarse si después de la presentación de la solicitud de referencia y de haber sido desestimada, se tuviera conocimiento de circunstancias nuevas de importancia decisiva para entender la ilicitud de la prueba, si cabría la posibilidad de su solicitud en la fase de juicio oral, toda vez que ya no se trataría de una reproducción sino de un planteamiento ex novo de la ilicitud probatoria, a mi juicio nada impediría a ello, alegando tanto la importancia de la misma como su desconocimiento al momento de presentar las cuestiones previas.

⁶¹⁶ Vid MIRANDA ESTAMPRES; *"El concepto de prueba ilícita..."* Cit. Pág. 164

El artículo 49 LOTJ establece que finalizada la práctica de prueba y concluidos los informes, el Magistrado-Presidente dispone de la facultad de disolver anticipadamente al jurado si, a su juicio, no existe prueba de cargo que pueda fundar una condena. Igualmente podría si la prueba o pruebas de cargo existentes están viciadas de ilicitud. En ese caso el Magistrado-Presidente no usurparía las funciones del Jurado, porque uno de los efectos que produce la ilicitud de las pruebas, como tuvimos la ocasión de desarrollar, es su prohibición de valoración, y dado que no habría pruebas que valorar habría de decretarse su disolución.

3.- *Recurso de apelación.* El control de la licitud de las pruebas podrá realizarse por la vía del recurso de apelación contra la sentencia que dicte el Magistrado-Presidente, en virtud de lo dispuesto en el 846.bis c) LECrim, por vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que puede que no se hayan practicado las pruebas con todas las garantías constitucionales y procesales.

En caso de que las partes acusadoras (Ministerio Fiscal) consideraran que el Magistrado-Presidente incurrió en error al declarar la ilicitud de una o más pruebas, debería acudir a la vía del art. 846 bis c) LECrim, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como motivo casacional (al amparo del art. 5.4 LOPJ y 24 CE).

CONCLUSIONES

LAS TÉCNICAS DEL ANÁLISIS DE ADN.

Las técnicas de ADN se han convertido en unos de los pilares de la criminalística actual. La mayoría de las investigaciones giran en torno al intercambio de muestras biológicas autor-víctima-escenario del crimen. Con el fin de dimensionar la relevancia de estas técnicas probatorias en el proceso es preciso analizar los fundamentos, base científica y demás incidencias procesales de la prueba que determinen los puntos en los que la sana crítica

de nuestros tribunales ponen el acento a la hora de efectuar su valoración.

El ADN es una macromolécula que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo humano que contiene y transmite una gran cantidad de información entre las que destaca el código genético de cada persona o DNI celular. Como característica principal destaca la identidad sea cual fuere el lugar de dónde proceda lo que le dota de su igualmente característica principal: su carácter individualizador: no existen dos personas con idéntico ADN salvo los gemelos univitelinos.

Dos son los tipos de ADN que se han diferenciado en el genoma humano: el codificante, con pocas variaciones entre un individuo y otro y el no codificante con una gran variabilidad de un sujeto a otro, lo que le convierte en excepcionalmente interesante a la hora de la identificación forense.

Tras varias técnicas de análisis del ADN no es hasta el desarrollo del procedimiento para la multiplicación de secciones particulares de ADN o del procedimiento de reacción en cadena de la polimerasa (PCR) cuando se extendió su uso. Mediante dicha técnica pueden producirse más de mil millones de copias de una sección específica de ADN. Ejemplificándolo una gota de sangre del tamaño de un punto ortográfico de esta tesis incluye suficiente ADN para la técnica del PCR.

El proceso de PCR se descompone en varios ciclos: cambio de temperatura inicial, fase de emparejamiento o annealing, fase de extensión... Los elementos controladores son las secuencias iniciadoras o primer. Al construir los primers en las secuencias apropiadas se puede elegir cualquier sección de ADN que se quiera reproducir. El tipo de secciones que fueron elegidas por los laboratorios del FBI y que posteriormente fueron adoptadas por casi todas las policías de nuestro entorno se conocen con el nombre de repeticiones concatenadas cortas o STR. Las STR no determinan los rasgos de un individuo por lo que no agregan nada al fenotipo de una persona, desplegando por el contrario todas su potencialidad en el genotipo de un individuo. Cerca del 97% del genotipo de un individuo no está involucrado en la definición de rasgos, siendo la ausencia de dicha función específica la que hace que las STR sean codiciadas como pruebas forenses de ADN (ello es así porque las frecuencias de las STR en diferentes tipos de población no están sujetas a factores ambientales lo que permite utilizar un análisis estadístico para determinar el grado de probabilidad de encontrar un genotipo STR en una población humana sin tener que detenerse a considerar el factor ambiental de la región. Además cabe destacar el desarrollo de los juegos de análisis de ADN, que consisten en que se pueden amplificar varias regiones de ADN simultáneamente, con la posibilidad de actuar sobre indicios muy pequeños.

La prueba pericial de ADN consiste en la comparación de la composición de ADN de una muestra dubitada –aquella que no se sabe a qué sujeto pertenece- y otra indubitada –obtenida de una persona sospechosa o de un banco de datos- con el fin de comprobar la coincidencia de los marcadores genéticos de ambas.

Pero la verdadera importancia de este medio de prueba radica en el efecto identificador de una muestra sin entrar a valorar otras consideraciones y, aunque su valor no es absoluto, permitirá determinar la pertenencia de la muestra a un sujeto con un grado de probabilidad muy alto y, por ende, concretar el grado de participación de aquél en los hechos investigados mediante el establecimiento de la correspondencia de ADN del presunto sospechoso contra quién dirigir la acción penal. Si la secuencia base de una STR de un investigado resulta no ser exactamente igual que la encontrada en la prueba no existe correspondencia de ADN siendo excluido como donante de la muestra.

Es de reseñar también que en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno se han creado bases de datos de identificadores de ADN con fines de investigación penal. La UE aprobó el tratado Prüm (2005), que se incorporó al ordenamiento jurídico de la UE a través de la Decisión 2008/615/JAI, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, denominada decisión Prüm, desarrollada, a su vez, por la decisión 2008/616/JAI. Con el fin de contar con un nivel de protección de datos elevado y simultáneamente armonizado entre los diferentes países, aprobó, igualmente, la Decisión marco 2008/977/JAI de 27 de noviembre para regular el intercambio de perfiles entre los Estados miembros.

En España las bases policiales de datos de ADN fueron reguladas mediante Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, que sería desarrollada con posterioridad por el RD 1977/2008 de 28 de noviembre, regulador de la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

Para que la prueba de ADN pueda ser incorporada al proceso como prueba de cargo, es preciso la combinación de tres actividades. La primera: su realización por laboratorios debidamente acreditados para ello en sentido estricto. Lo segundo: contar con muestras o vestigios biológicos con contenido celular sobre los que realizar dichos análisis; muestras que son aportadas por la policía en la inspección técnica ocular del lugar del crimen o son extraídas de las personas relacionadas con el mismo (para lo último se requiere la práctica de intervenciones sobre el cuerpo de las personas afectadas), lo que precisa de la mayor inmediatez posible. Lo tercero: su correcta conservación.

Los Estados han optado por conservar los datos, de carácter sensible, con la idea de preservar al máximo los derechos fundamentales afectados, resultantes del análisis, incorporándolos a ficheros o bases de datos, así como dotar a las policías de esta herramienta por si en un futuro pudieran resultar de interés con fines identificativos: bien para cotejar el titular de la información genética con alguna muestra en la base de datos obtenida en el lugar de comisión del delito o lugares relacionados o con alguna muestra de la víctima o de los agentes actuantes; bien porque exista una probabilidad de reincidencia.

Es desde la óptica de Derecho Procesal desde el que deben estudiarse

los aspectos procesales más importantes de esta modalidad de pericia:

- En primer lugar, el relevante papel de los derechos del investigado como referente primero en su realización.
- En segundo lugar, los principios que rigen su práctica;
- En tercer lugar, los requisitos exigidos para la toma de las huellas o vestigios, las llamadas muestras;
- En cuarto lugar, su valoración probatoria, en donde habrá de tratarse necesariamente la controvertida cuestión de las consecuencias de su infalibilidad; y
- Finalmente, el nada desdeñable problema, nacional e internacional, del almacenamiento de los resultados en bases de datos y su utilización posterior en otros procedimientos

Cabe una mención especial la cuestión de la extracción de muestras de ADN a colectivos determinados cuestión que hasta ahora no ha tenido encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

Con la publicación de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, cabe señalar que el Reino de España opta por la creación de bases de datos, al igual que lo hacen los países de nuestro entorno con un notorio avance expansivo como Inglaterra y Gales, Alemania o Francia, que permiten intercambiar la información entre los Estados miembros, cuestión que había sido reiteradamente expuesta desde las Instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente. En el mismo sentido se habían venido pronunciando el Consejo de Europa a partir de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal.

Los países de la UE deben garantizar que su legislación nacional proteja los datos tratados en virtud de esta decisión y ver en qué medida la Decisión se aplicará sobre la transmisión de datos con fines de prevención, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales. De acuerdo con esta normativa, los Estados miembros tendrán que observar lo previsto en la Decisión siempre que, entre otros supuestos, transfieran los datos a “autoridades o sistemas de información creados en virtud del Título VI del Tratado de la Unión Europea”. Solamente podrán procesar datos de carácter personal las autoridades competentes pertinentes. Dichas autoridades deberán garantizar la exactitud y actualidad de dichos datos y adoptar medidas para rectificar o cancelar los datos incorrectos o los que se hayan transmitido por error. Los datos de carácter personal deberán eliminarse cuando ya no sean necesarios para el fin con que se transmitieron o cuando haya vencido su plazo de conservación, según lo dispuesto en la legislación nacional. Se deben adoptar medidas técnicas y organizativas para proteger los datos personales de su posible destrucción, pérdida, acceso no autorizado, alteración o divulgación. Para poder verificar la licitud del procesamiento de datos personales no automatizado, es preciso registrarlos. Del mismo modo, el procesamiento

automatizado de datos personales también requiere un registro. Las autoridades en materia de protección de datos independientes de los países de la UE se encargarán de llevar a cabo las comprobaciones que exige la ley para el procesamiento de datos personales.

LA PRUEBA DE ADN COMO INTERVENCIÓN CORPORAL.

Para la correcta realización de la prueba de ADN -como diligencia de investigación en el seno del proceso o incluso antes si se cuenta con autorización del investigado-, con el fin de que se convierta en prueba de cargo, es preciso la realización de una intervención corporal dirigida a la obtención de una muestra biológica del cuerpo del investigado, para, una vez analizada, proceder a su cotejo con el obtenido del análisis de las muestras recogidas a lo largo de la investigación o con las conservadas en la base de datos de ADN dimanantes de otras investigaciones cuyas notas definitivas de este tipo de diligencias son:

- 1) Se trata de diligencias sumariales de investigación
- 2) Restrictivas de derechos fundamentales
- 3) Que contarán con el carácter de **prueba preconstituida**
- 4) Que recaen sobre el cuerpo humano vivo.
- 5) Que no es precisa la obtención del consentimiento del afectado
- 6) Con la posibilidad del empleo de la “vis coactiva” si fuera preciso
- 7) Mediante la práctica de una intervención en el cuerpo del investigado.

El crecimiento exponencial en el uso de la prueba de ADN contribuye definitivamente a ello: “La eficacia de la investigación criminal depende en gran medida de la cantidad y calidad de la pericia que se practique, y ésta a su vez depende de la obtención de muestras y residuos”. Para su correcta realización hay que cumplir con las siguientes requisitos:

- a) Que la intervención no revista peligro grave para la salud
- b) Que cuenten –en su caso- con el consentimiento informado del interesado y,
- c) Que la medida adoptada sea proporcionada, desde el triple filtro de la adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

A la hora de determinar la naturaleza jurídica de la prueba de ADN, teniendo en cuenta el objeto sobre el que se realizan, el ámbito objetivo en este tipo de diligencias, es el cuerpo humano vivo, lo que le convierte para un sector de la doctrina en un instrumento de la prueba, al amparo del artículo 334 LECrim y estarían comprendidos en el concepto más amplio de **piezas de convicción**.

Según la STC 207/1996, atendiendo al grado de sacrificio las **intervenciones corporales** podrán ser calificadas como leves o graves:

- Leves. Cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada; como por lo general

ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y

Graves. En caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, los análisis sanguíneos, que se convierten en graves, en casos de sujetos que padezcan hemofilia, etc.)

Los sujetos activos de la prueba de ADN en cuanto a la ordenación de la medida y la recogida de la muestra serán la Autoridad Judicial, el Juez, la Policía Judicial en caso de urgencia, el Ministerio Fiscal o el Médico Forense, todos ellos tienen la posibilidad de acordar la toma de muestras, siempre y cuando complemente correctamente el procedimiento, tanto en su faceta jurídica como en la biológica, cumpliendo con la cadena de custodia (la cadena de custodia es el nombre que recibe el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal que tiene por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba) con el fin de que la prueba obtenida cuente con todas sus garantías.

En relación con las garantías de custodia de las evidencias de ADN, el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de julio de 2012 establece que "es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de lo que se ha denominado *la mismidad de la prueba*" (STS 1190/2009, de 3 diciembre).

En cuanto a la práctica del análisis objeto de la prueba de ADN Esto se traduce en un esfuerzo legislativo que persigue la homologación de protocolos de actuación, bases científicas, acreditación y homologación de laboratorios y, sin entrar en el perfil del perito en lo relativo a su titulación, plantea una serie de requisitos exigibles a los peritos profesionales de laboratorio.

Se trata, sin duda, de extremos de singular trascendencia ya que del cumplimiento escrupuloso de las exigencias de competencia profesional, homologación de laboratorios y observancia de los protocolos científicos en la obtención de la muestra así como en su custodia y análisis, depende la valoración de la prueba pudiendo viciarla de nulidad si carece de las formalidades oportunas.

Los resultados de los análisis siguiendo los estándares europeos se grabarán siguiendo técnicas científicas basadas en los estudios llevados a cabo por la Red Europea de Institutos de Ciencia Forense (ENFSI). La Resolución, además, incluye como anexos una lista de los marcadores de ADN que han de usar los Estados miembros para los análisis con fines legales y el formulario a utilizar en los intercambios de resultados entre Estados Miembros.

- a) En lo referente a los sujetos pasivos recogemos tres supuestos diferenciados:
Toma de muestras del investigado

Para la obtención de dichas muestras distinguiremos los supuestos siguientes:

1.- *Sobre el cuerpo del sospechoso con su consentimiento:* La jurisprudencia destaca al respecto que “el consentimiento actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de las muestras. Será precisa la asistencia letrada, cuando se encuentre detenido y en caso contrario precisará de autorización judicial. Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.

2.- *Sobre el cuerpo del sospechoso con autorización judicial.* La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN, establece en su Disposición Adicional 2ª que la toma de muestras biológicas, obtenidas directamente de una persona sospechosa sin su consentimiento, requerirá siempre la autorización judicial. Dicha norma incorpora un párrafo 3º al art. 326 LECrim que, en la parte que interesa dice:

a) "Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282.

b) 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".

Con anterioridad a la reforma de 2003, la doctrina y la jurisprudencia mantenían un criterio casi unánime negando la legitimidad del uso de la vis compulsiva para la toma de muestras del ADN, entre otras razones por la falta de regulación legal de esta diligencia, aunque existía no poca discusión sobre ello. La reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (operadas por la LO 1/2015 y LO 13/2015, respectivamente), modificó esta situación al autorizar y regular el uso de la fuerza caso necesario para la toma de muestras con fines de identificación genética por lo que se hace obligado afirmar que, en la actualidad, se podrá compeler a la ejecución de la prueba siempre que exista una resolución judicial habilitante, cuya realización estará presidida por la exigible proporcionalidad de la actuación, empleando en todo caso la menor fuerza necesaria, con especial referencia en lo que concierne a los procesos de menores para los que nuevamente la doctrina se encuentra dividida, aceptando unos y requiriendo el consentimiento de éstos y en su defecto el de los representantes legales otros.

3.- *Sobre objetos o en el lugar de los hechos sin el consentimiento del investigado.* La LECrim regula en el título V del Libro II la Inspección Ocular

como el Cuerpo del delito. Por cuerpo del delito entendemos la persona o cosa objeto del delito, significando que los instrumentos, huellas, vestigios, armas, efectos, etc. son medios para su comisión o huellas de su realización no siendo propiamente cuerpo del delito.

En el caso analizado nos encontraríamos ante vestigios que conteniendo información genética del investigado, se pueden obtener sin necesidad de su colaboración. Incluimos en este epígrafe: a) Muestras que aparecieran en el lugar de los hechos y que al pertenecer al acusado podrían evidenciar su presencia en aquél o su posible participación en los hechos; y, b) Muestras pertenecientes a la víctima que, localizadas en objetos personales del acusado, podrían adverar su participación en los hechos. Analizando la casuística que puede darse tenemos:

- *Obtención subrepticia de la muestra sin el conocimiento ni consentimiento del investigado.* Entiende la doctrina mayoritaria que si la misma fuera acordada por la autoridad judicial, tal proceder sería correcto y la muestra así obtenida plenamente válida, ejecutando de esta forma el mandato judicial desobedecido.

- *Empleo del análisis de la muestra para causa distinta de aquella para la que se obtuvo.* Tras un desarrollo jurisprudencial variable el TS, en Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de dos mil catorce sobre toma biológica de *muestras* para la práctica de la prueba de ADN. (Prueba ADN base de datos policial), cuestiona la validez del contraste de *muestras* obtenidas en la *causa* objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una *causa distinta*, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral. Y acuerda: Es válido el contraste de *muestras* obtenidas en la *causa* objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una *causa distinta*, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha impugnado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.

Si la muestra hubiese sido obtenida sin autorización judicial y sin consentimiento y fuese empleada con fines diferentes a los de la investigación iniciada, sus resultados carecerían de valor probatorio (STS 24 de septiembre de 2007).

- *Recogida de muestras abandonadas.* La existencia de dos sentencias del TS en distinto sentido la 501/2005, de 19 de abril, y la 131/2005 de 14 de octubre sobre la validez de la toma de muestras biológicas expulsadas o abandonadas por los sospechosos sin existir autorización judicial, fue causa determinante del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del 31 de enero de 2006: “La policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

b) Toma de muestras de la víctima

La LECrim nada dice al respecto de cómo proceder en el caso de los vestigios que se encontraran sobre la víctima, aunque parece poco probable que la víctima se opusiese a la toma de muestras.

Evolución de la regulación de la prueba de ADN:

Situación anterior a la Ley Orgánica 15/2003: El desarrollo de las inspecciones e intervenciones corporales ha corrido siempre paralela a su siempre deficiente por no decir inexistente regulación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esa escasez normativa de la LECrim ha exigido la generación de soluciones de situaciones prácticas que han venido de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, sin que hasta el momento haya un acuerdo generalizado de cuáles son las diligencias que pueden calificarse como tales. La definición, clasificación, extensión, etc., de las denominadas intervenciones corporales, ha sido obra de la jurisprudencia de la mano de la aplicación e integración de las escasas normas y sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la protección de los derechos fundamentales), la que ha ido otorgando eficacia a las intervenciones corporales, al amparo de lo dispuesto en los artículos 333, 399 y 478 de la LECrim, elaborando un cuerpo doctrinal sobre el que asentar el régimen de los actos de investigación, todo ello hasta la publicación de la mencionada Ley 15/2003. lo que hizo el Tribunal Constitucional para salvar la falta de regulación legal de la intervenciones corporales fue "integrar el sistema, aprovechando hasta el límite los escasos recursos que ofrecía la LECrim, porque en el fondo debía reconocer, por obligado y evidente, que no existía base legal suficiente que legitimara las intervenciones corporales en el proceso penal. Pero, precisamente, en cuanto que no contábamos con dicha cobertura legal, subrepticamente se justificaban dichas intervenciones a través de la ponderación que el Juez debía reflejar en las resoluciones en las que acordaba una diligencia de este tipo. En estas circunstancias (los Tribunales y especialmente el Tribunal Constitucional) estaban actuando como legislador, ya que mediante las decisiones jurisprudenciales se instaba el perfeccionamiento y la mejora de un ordenamiento jurídico-legal que en este aspecto estaba vacío de contenido. En cualquier caso, la contribución fundamental que destaca la doctrina científica a cerca de la principal sentencia sobre las medidas de intervención corporal y la prueba de ADN, la STC 207/1996, son los requisitos sobre la proporcionalidad los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencias de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.

Ley Orgánica 15/2003: La situación de carencia absoluta de desarrollo normativo se torna diferente a partir de noviembre de 2003, con la publicación

de la norma específica, la L.O. 15/2003, que modifica la LECrim, en la que se regula de una manera específica el régimen, la forma y los requisitos de las intervenciones corporales (aunque a mi juicio sigue siendo insuficiente). Así, añadiendo unos párrafos a los artículos 326 y 363, se completaba la regulación legal sobre intervenciones corporales. Dicha modificación añade el siguiente párrafo al art. 363: *“Siempre que concurran 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”*. También la citada Ley Orgánica modifica el art. 326, al que añade el párrafo tercero que queda del siguiente tenor literal: *“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”*.

Ley Orgánica 10/2007: La DA 3ª de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, va a definir un nuevo marco cuyas características esenciales son las siguientes:

“1ª) La toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado así como del lugar del delito, en los delitos específicamente recogidos en la letra a) del apartado 1º del art. 3 de la L.O. 10/2007, parece configurarse como una obligación de la policía judicial (ex Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, primer párrafo, que emplea el término *“la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos...”*).

2ª) La toma de muestras y fluidos voluntaria no requiere autorización judicial, sino exclusivamente el consentimiento del afectado (ex Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, primer párrafo).

3ª) Cuando la toma de muestras requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales y no haya consentimiento del afectado, es precisa la autorización judicial mediante auto motivado de conformidad con lo dispuesto en la LECrim (ex Disposición Adicional Tercera L.O. 10/2007, segundo párrafo en relación con los arts. 326 y 363 de la LECrim).”

La creación y regulación de una base de datos única que integre todos los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con los elementos identificativos obtenidos a partir del análisis de ADN, tanto en la investigación de los delitos, como en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas (art. 1) es la finalidad que se persigue en la citada Ley Orgánica.

Reformas penales y procesales del año 2015: Como consecuencia de la preocupación en la doctrina por la falta expresa de preceptos sobre el uso de la compulsión para la obtención de muestras biológicas para la práctica de la prueba de ADN de investigados y, con el fin de evitar dejar en manos del investigado la efectividad de la prueba, se introdujeron en el año 2015 una serie de modificaciones en el Código Penal y en la LECrim, con el fin de regular el uso de la vis coactiva para la obtención de la muestra biológica para efectuar el cotejo del ADN, legitimándolo y superando el óbice de cobertura legal que aducía el Tribunal Constitucional.

Hasta ese momento la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, era pacífica en este sentido de imposibilidad de ser impuesta por la fuerza la *prueba biológica* de modo que nadie podrá ser coercitivamente compelido, con *vis física* o compulsión personal directa, a la verificación de este tipo de análisis (sentencias del Tribunal Constitucional 103/1985, 107/1985, 37/1989, entre otras; sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988, 14 de mayo de 1991, 685/2010, de 7 julio...), aunque existe una sentencia anterior a la reforma de 2003 que introducía el segundo párrafo de la LECrim que sí la permitía. La doctrina en cambio se mostraba muy dividida, aunque el Tribunal Supremo en la sentencia 107/2003, de 4 de febrero, había declarado también que «según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o *coactiva* sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado. Todo ello se ve superado a partir de las citadas reformas.

En cuanto al valor de la prueba de ADN y adentrándonos en su naturaleza jurídica tal y como destacamos en su momento y, según el Tribunal Constitucional, “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim), que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa, y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Dichas diligencias sumariales son el instrumento para la averiguación del delito y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, mediante el cual se imponen castigos a los autores de infracción de la ley penal. El ejercicio del citado derecho de penar, concebido, no tanto como un derecho subjetivo estatal a imponer penas, sino como el poder sancionador máximo correspondiente a los actos ilícitos mas graves, sólo cabe atribuirlo al Estado, el cual, mediante las personas autorizadas para ello, lo ejercerá conforme a los preceptos legales, esto es, los requisitos, garantías y postulados que suelen expresarse sintéticamente con el nombre de principio de legalidad (procesal-penal) o de necesidad.”

La prueba de ADN se desarrolla en varias fases, cada una de las cuales se incardinará en un momento procesal determinado, si se repara en el carácter multifásico del proceso penal, cuyo presupuesto subjetivo activo (quién

la ordena) también será distinto y marcará incluso su inclusión en una u otra fase del proceso: carácter preprocesal o procesal. Dejando al margen aquellas actuaciones de la prueba de ADN que sean iniciadas con carácter preprocesal, deberemos analizar la naturaleza jurídica de la fase de instrucción, fase en la que se incluirá generalmente la primera fase de la prueba de ADN: la toma de muestras una vez acordada su práctica.

Para la doctrina mayoritaria, la naturaleza jurídica de dicha fase de instrucción ha de ser jurisdiccional, o al menos mixta, administrativa y jurisdiccional. Dicha instrucción puede ser sistematizada siguiendo dos criterios: “el subjetivo dando lugar así a las diligencias policiales de prevención, (arts. 282 a 298 LECrim), diligencias informativas del Ministerio Fiscal (773.2 LECrim y 5 EOMF), diligencias judiciales de prevención o primeras diligencias que han de practicar los Jueces de Instrucción incompetentes a fin de determinar provisionalmente el hecho punible, asegurar el cuerpo del delito y adoptar las medidas cautelares urgentes (art. 13 en relación con el art. 307), los sumarios ordinarios que han de instruir los Jueces de instrucción competentes (art. 306 y ss.), los sumarios que hayan de instruir los Jueces de Instrucción Especiales, la instrucción del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores y las diligencias de investigación que hayan de practicar los jueces delegados y comisionados”. Advertido que la prueba de ADN es una prueba instructora, de aportación de hechos al proceso, diremos también que en dicho seno adquiere la forma de diligencia de investigación, prueba preconstituida y prueba pericial.

MEDIDAS DE INTERVENCIÓN CORPORAL Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Las intervenciones corporales (IC en adelante), en tanto que diligencias sumariales de investigación que implican una intervención sobre un cuerpo humano vivo, suponen en todo caso una afectación de distinta intensidad – según el tipo de IC que se practique-, de los derechos fundamentales de la persona sobre la que recaen.

Por derechos fundamentales deben entenderse aquellos que ordinariamente se denominan derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen como denominador común el gozar de la protección jurisdiccional de los Tribunales ordinarios, y de la del Tribunal Constitucional a través del proceso de amparo constitucional. Pero que su naturaleza lo sea de “fundamentales”, no equivale a que sean “absolutos” y, en consecuencia ilimitados, no resultando tarea fácil el deslindar su alcance y contenido.

Con esta previsión constitucional de limitación de los derechos fundamentales se sustenta la función del proceso penal, proceso cuyo objeto, en aras a cumplir los poderes públicos el deber de reprimir las conductas punibles, sólo se hace posible mediante la práctica de diligencias, bien policiales de investigación previas al control judicial, bien ya en el seno del proceso, bajo el marco insoslayable de la dignidad de la persona, que por su propia naturaleza invaden los derechos fundamentales del imputado.

Atendida la histórica carencia normativa, ha correspondido a la jurisprudencia la tarea de regular las intervenciones corporales, posibilitando su limitación siempre que se observe el principio de proporcionalidad en su práctica, lo cual es posible, precisamente, porque las normas que disciplinan los derechos fundamentales no se conciben únicamente como principios, sino también como reglas, o, dicho de otra manera, porque “no constituyen sólo órdenes de prohibición, sino también mandatos de ponderación”.

De esta forma, la averiguación de la verdad en el proceso penal se halla sometida a la efectividad, en el plano material, del respeto a los derechos fundamentales, pues la persona y su dignidad deben ser en todo momento el valor central que presida el ordenamiento jurídico. Valor central que resultará especialmente preservado por la función garante que cumplen los límites inmanentes que se hallan incluidos en el propio seno del derecho, al “caracterizar negativamente el supuesto de hecho al que es aplicable el derecho fundamental”.

Por todo lo anterior, en la práctica de las intervenciones corporales y, en especial, las encaminadas a la obtención de muestras biológicas para la prueba de ADN, se tendrá como referente obligado lo establecido en el art. 53.1 CE: “*Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título, vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo prevenido en el artículo 161.1.a)*”.

Así pues, los derechos fundamentales pueden ser el objeto excluyente de la antijuridicidad a título de “ejercicio de un derecho”, eximente que encontrará sus límites en la colisión con derechos fundamentales de terceros, y no debe olvidarse que en muchos delitos necesariamente se produce una afectación de los derechos fundamentales de víctimas.

La extracción de muestras para la obtención de ADN puede afectar a derechos fundamentales de naturaleza tanto sustantiva o material (Intimidad, Libertad ambulatoria, Integridad física y moral, Salud y, Dignidad personal), como adjetiva o de incidencia procesal (no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y, derecho a un proceso con todas las garantías).

ILICITUD E INEFICACIA DE LA PRUEBA DE ADN.

La prueba puede entenderse: como *fin*, significando la demostración de la verdad o existencia de un hecho; como *medio*, siendo los instrumentos utilizados para lograr aquel fin; y, como *actividad o función* desarrollada para obtener la certeza moral que aquel fin requiere.

En relación con la prueba prohibida, podemos afirmar:

a) Que sólo puede hablarse de tal cuando la prueba se consiguió vulnerando los derechos fundamentales recogidos en la sección primera del capítulo 2 del Título I de la CE.

b) Que en todo caso de infracción de las normas procesales hay una violación de los artículos 24.2 y 14 de la CE y por ello existe prueba prohibida.

c) Que no en todos los casos de infracción de un derecho fundamental cabe hablar de prueba prohibida sino que debe ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia han ido adoptando, en lo que respecta a la prueba prohibida, una u otra consideración, evolucionando esta última desde estadios más conservadores hasta adoptar una opción más intermedia. El Tribunal Constitucional optó por dicha opción tras establecer en su sentencia 25/81, de 14 de julio la doble dimensión de los derechos fundamentales: como “*derechos subjetivos de los ciudadanos*” y “*elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*”.

Hasta la sentencia citada, el derecho que se entendía vulnerado era el principio de presunción de inocencia, cuestión que, no es “baladí”, pues tratándose de la presunción de inocencia de un vicio “*in iudicando*”, el restablecimiento de este derecho lo efectuará el propio Tribunal Constitucional mediante la anulación de la sentencia de instancia, mientras que el proceso con todas las garantías que ahora se propone, se constituye como vicio “*in procedendo*”, con lo que su restablecimiento no comportará una sentencia absolutoria del condenado, sino la nulidad del juicio oral y la retroacción de las actuaciones.

El Tribunal Constitucional estableció de esta manera la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, reiterando en numerosas sentencias que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales, pues, de darse dicha valoración o la valoración de otras pruebas que sean consecuencia de dicha vulneración, se puede lesionar no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también el de la presunción de inocencia en el caso de que la condena se fundamente exclusivamente en tales pruebas sin que exista otra prueba de cargo.

Ahora bien, dicho Tribunal fue atemperando la posición radical primigenia de proscripción de toda prueba ilícita para llegar a pronunciamientos como los de la sentencia del TC 64/86, en la que sentaba las bases de la discusión sobre la “ilicitud de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales se refiere al momento de su obtención, no a la producida en su admisión al proceso o de su práctica en él, pues los problemas derivados de estas últimas cuestiones se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión”.

Lo anterior, para advertir además en su STC 81/1998, de 2 de abril que “aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente lo imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el estado de derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que lo vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso”.

Quedaba, así, en un principio, proscrita para el Tribunal Constitucional la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y aquellas que fueran consecuencia de dicha vulneración, pues, en caso contrario, se lesionaría, además del derecho al proceso con todas las garantías, el derecho a la presunción de inocencia en su manifestación de no poder ser condenado sin pruebas de cargo válidas.

Ahora bien, dicha presunción de inocencia no quedaría desvirtuada en el caso de que la sentencia se hubiera basado en otras pruebas de cargo válidas e independientes.

Vemos que, para el Tribunal Constitucional, los problemas que se plantean con las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales “se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión”, y el derecho de defensa, que ha de ejercerse con igualdad de armas, se ve quebrantado cuando se produce indefensión efectiva, no pudiendo entonces tomarse en cuenta la pruebas obtenidas irregularmente. Para que exista indefensión, debe haberse producido una infracción de las normas procesales que haya supuesto “una privación o limitación del derecho de defensa.

El cambio de criterio operado por el Tribunal Constitucional se establecía sobre la base de la posición preferente de los derechos fundamentales, dada su condición de inviolables (art. 10.1 CE). Así, nuestro Alto Tribunal sostiene la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, si se han valorado pruebas prohibidas o derivadas y, a la vez, la no infracción del principio de presunción de inocencia, si la condena se ha basado en otras pruebas de cargo válidas e independientes (STC 81/1998). En nuestra doctrina se emplean términos como prueba prohibida, prueba ilegal, prueba ilícita o ilícitamente o ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada o prueba irregular, entre otras muchas; pero no sólo se trata de diferencias terminológicas, pues dichas diferencias encierran verdaderas “divergencias conceptuales”.

El Tribunal Constitucional circunscribe la ilicitud probatoria a aquellas que se obtienen con infracción de derechos fundamentales.

En cuanto a las consecuencias jurídico procesales de la prueba prohibida, tanto del artículo 11.1 LOPJ como de la STC 114/84, se deriva la proscripción de la prueba prohibida, lo que supone una regla de exclusión -no solo de admisión- y también de valoración en el proceso. Mientras que un

sector doctrinal proscibía la eficacia de la prueba que se hubiera obtenido infringiendo cualquier norma procesal, incluso la obtenida vulnerando derechos no fundamentales o leyes ordinarias, otro sector doctrinal, se oponía a la misma estableciendo que no toda infracción de una norma procesal puede subsumirse dentro de las garantías a que alude el art. 24.2 de la CE pues ello nos llevaría a constitucionalizar cualquier formalismo procesal de escasa relevancia por lo que estimaba que sólo tendría relevancia constitucional la infracción de una norma infraconstitucional que supusiera una limitación en algún aspecto del derecho de defensa de las partes, y la exclusión o aminoración en el curso de la actividad probatoria de alguna de las garantías que afectan a un derecho fundamental sustantivo.

La jurisprudencia, finalmente alineada con otro sector de la doctrina, se inclina por una situación intermedia entre una y otra postura, haciendo depender, en cada caso concreto, los intereses en conflicto en función de la trascendencia de la norma infringida, tras efectuar lo que denomina un juicio de proporcionalidad. Este parece ser el criterio seguido por el TS recogido en la STS 29 de marzo de 1990 en el que compele a *“una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”*, lo que marca el camino del control de los intereses en conflicto y del principio de proporcionalidad.

Igualmente ese parece ser el criterio del TEDH, quien descarta la posibilidad de prohibir la admisión de una prueba conseguida ilegalmente, cuestión que reserva para el derecho interno de los Estados, entrando a valorar únicamente si el proceso, estudiado en su totalidad, pudiera considerarse o no justo. Lo mismo propone nuestra jurisprudencia nacional resolviendo caso por caso, en función de la distinta naturaleza de las pruebas, obligando a diferenciar entre las diferentes clases de nulidades como consecuencia de la prueba prohibida. Así, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 114/1984 por todas), no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando derechos y libertades fundamentales.

En cuanto a las consecuencias procesales de la ilicitud de la prueba por violación de derechos fundamentales deviene necesario que las pruebas se hayan obtenido con absoluto acogimiento de los derechos y libertades fundamentales del imputado, lo que afecta significativamente a la prueba de ADN, sobre todo en la fase de la toma de muestras, siendo necesaria la observancia de las garantías procesales de contradicción, en estrechísima relación con el derecho de defensa, intermediación, publicidad y oralidad, tanto en el momento de la obtención, como en el de su incorporación al proceso, siendo igualmente imprescindible que la actividad probatoria se ajuste a las previsiones legales observando el procedimiento estatuido. Así, en lo que afecta a las intervenciones corporales, en la obtención de muestras para la prueba de ADN toda intervención, que se haya practicado con vulneración de un derecho fundamental, será nula de pleno derecho, así como resultará inadmisibles el medio de prueba que intente reproducir su resultado en el proceso.

Sentada, pues, la interdicción de la valoración de la prueba prohibida consideramos su alcance, concluyendo que no sólo no puede ser valorada, sino también toda aquella que traiga su origen en aquella, siempre que exista una relación de causalidad entre una y otra. Existe relación de causalidad cuando las pruebas derivadas -siendo en sí mismas consideradas lícitas-, tengan su origen en una prueba prohibida (teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado) y, además, existe una relación causa-efecto.

Dicha teoría adquiere una relevancia trascendental en las intervenciones corporales (ADN), toda vez que la finalidad de éstas es la búsqueda y recogida de fuentes de prueba que, tras su práctica, derivarán en la exigencia de realización de nuevas diligencias de investigación consecuencia de aquellas, por lo que su ineficacia puede acarrear la nulidad de las posteriores.

Así, tanto para la doctrina mayoritaria, como para la jurisprudencia, la eficacia refleja de la prueba prohibida es fruto de lo dispuesto en el art. 11.1. LOPJ en el que se asocia la prueba ilícita a la obtenida indirectamente con violación de derechos fundamentales, prohibiendo el uso de medios probatorios obtenidos ilícitamente vulnerando derechos fundamentales, añadiendo que el tolerar su uso indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso, una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían dando un resultado en el proceso al que afectarían indefectiblemente. Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo, como el Constitucional consideran restringido el uso de la prueba con vulneración de derechos fundamentales, pero no incorporan infracciones procesales de legalidad ordinaria, si bien han ido incluyendo también paulatinamente excepciones a la eficacia de la prueba refleja, hasta llegar a desarrollar la doctrina de la conexión de antijuridicidad, que conlleva vaciar de contenido a la de la eficacia refleja, que constituye en la práctica una creación jurisprudencial sin base legal real destinada a evitar los efectos expansivos de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida en orden a la aplicación del *ius puniendi*.

El TC español confirmó la tendencia claramente reduccionista en esta materia, negando, no sólo cualquier posibilidad de expansión a la doctrina de la prueba prohibida, sino también y, lo que es más, grave, que al menos se hubiera conservado lo que se había logrado, de manera que es posible que la prohibición de valoración de pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad, admitiendo dichas excepciones hasta llegar a la elaboración de la doctrina de la conexión de antijuridicidad que representa en la práctica, aún muy a pesar de un importante sector de la doctrina, la desaparición de facto de la eficacia refleja, marcando las siguientes excepciones: excepción de fuente probablemente independiente, la excepción de descubrimiento inevitable, la de hallazgo casual.

El Tribunal Constitucional español comenzó como hemos advertido refrendado la teoría refleja anteriormente expuesta, para pasar tras un período

de vacilaciones jurisprudenciales de vuelta a la teoría directa y finalizar en el momento actual incluyendo la citada teoría de la conexión de antijuridicidad.

Así, habrá el juzgador de examinar con atención la relación de causalidad existe entre entre resultado probatorio de la intervención telefónica, léase prueba, inconstitucionalmente obtenida y el de los demás medios de prueba, de tal suerte que, para extender su conocimiento a esos otros medios de prueba habrá de comprobar la ausencia de dicha relación de causalidad o de antijuridicidad o, dicho en otras palabras, tendrá que acreditarse que el hecho punible se habría probado, en cualquier caso, con independencia de la prueba ilícita obtenida con infracción de la constitución. De dicha doctrina se infiere que, si el Tribunal hubiera de fundar su convicción sobre otras pruebas, distintas a la de la intervención telefónica, a causa de su ilicitud, habrá de plasmar en la sentencia “el juicio de desconexión” de dichas pruebas con respecto a la prueba inconstitucional.

Lo que se pretende con dicha doctrina a efectos prácticos, es que no entre en juego la teoría de los frutos del árbol envenenado, mediante la búsqueda de una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba, la teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del artículo 11.1 LOPJ; una forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el precepto, sin olvidar que cuando se excluye su aplicación mediante tales interpretaciones, se otorga a la vez un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad que objetivamente no lo merecen.

El efecto expansivo de la prueba prohibida prevenido en art.11.1 LOPJ, permite valorar únicamente pruebas independientes que no tengan relación causal con la ilícitamente determinada. Destaca en este particular el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional a la confesión voluntaria del inculpado como disgresor de la conexión de antijuridicidad mencionada; doctrina que quedó recogida en la STC 86/1995, al decir: “la confesión voluntaria del acusado es suficiente para fundamentar una declaración de condena, aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental”. Ahora bien, aunque el TC confirma la existencia de una conexión causal entre la prueba ilícita y la confesión voluntaria del acusado, aun así la voluntariedad y la emisión de la misma con todas las garantías, considera que rompe el nexo jurídico con la infracción inicial y permite su utilización a efectos de enervar la presunción de inocencia como prueba de cargo suficiente.

La inadmisibilidad de la prueba no solo se produce por vulneración de derechos fundamentales como hemos visto con anterioridad. En el caso de las intervenciones corporales cobra especial relevancia el cumplimiento de los requisitos y presupuestos en su realización, y ello en función del principio de legalidad. La previsión legal constituye un requisito indispensable de eficacia probatoria pues de no encontrarse recogida en la ley y por tratarse de una diligencia limitativa de derechos fundamentales, la prueba obtenida resultaría ilícita.

De entre los requisitos formales en la adopción de la medida destacamos: necesidad de resolución judicial, justificación teleológica de la medida, motivación, proporcionalidad y forma de realización.

Por último es objeto de análisis en el presente estudio del control de la ilicitud probatoria, bien de oficio o a instancia de parte, así como determinar el momento procesal para la denuncia de la citada ilicitud, dependiendo del tipo de proceso en el que se solicite: ordinario, abreviado y jurado.

SÍMBOLOS, ABREVIATURAS Y SIGLAS

(Por orden de aparición en el texto)

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
Pág.	Página.
Ed.	Editorial
RH	Factor RH, proteína integral de los glóbulos rojos

HLA	Antígenos leucocitarios humanos.
MNSs	Antígenos característicos de los eritrocitos.
A	Adenina
T	Timina
G	Guanina
C	Citosina
STR	Short tandem repeat o repeticiones cortas en tándem
PCR	Reacción en cadena de la polimerasa
DNA	Siglas en inglés del ADN
CODIS	Combinated DNA Index system. Programa del FBI soporte para las bases de datos de ADN
IC	Intervención corporal
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Pfo.	Párrafo
R	Recomendación
L.O.	Ley Orgánica
RD	Real Decreto
TC	Tribunal Constitucional
CEDH	Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos
	y libertades públicas.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
CP	Código Penal
StPO	Ley Procesal penal alemana
CJPO	Criminal Justice and Public Order Acts.
PACE	Police and Criminal evidence acts
CPrP	Código de Procedimiento penal italiano
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal
Disp. Adic.	Disposición adicional
P.Ej.	Por ejemplo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Op. cit.	Opus citatum o referencia a obra citada
ESS	Grupo de estándares europeo de ADN
Rev.	Revista
Der.	Derecho
Gen.	Genoma
Hum.	Humano
CE	Constitución española
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Rec	Recurso
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
Fj.	Fundamentos jurídicos