

OBTENCIÓN Y ARCHIVO DE IDENTIFICADORES EXTRAIDOS A PARTIR DEL ADN DE SOSPECHOSOS: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ASUNTO «S. Y MARPER CONTRA EL REINO UNIDO», DE 4 DE DICIEMBRE DE 2008
- III. REGULACIÓN Y PRÁCTICA PROCESAL ESPAÑOLA SOBRE LA OBTENCIÓN Y ARCHIVO POLICIAL DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN DEL SOSPECHOSO O IMPUTADO
- IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La práctica pericial conocida como «prueba del ADN» consiste en la comparación entre una muestra dubitada, que normalmente se habrá obtenido de la víctima o del lugar de los hechos, con una muestra indubitada,

* Profesora Titular de Derecho Procesal, Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, España. Secretaria Académica del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. Este trabajo se enmarca en los Proyectos de Investigación «*La construcción del espacio judicial europeo: presente y futuro en el ámbito procesal civil y procesal penal*», SEJ 2006-02180/JURI, dirigido por la Prof^a Dra. Jimeno Bulnes (M.º de Educación y Ciencia – FEDER), y «*La reforma de la Justicia Penal: la orden europea de vigilancia*», Proyecto VA102A08, bajo la dirección de la Prof^a Dra. Arangüena Fanego (Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León).

que deberá proceder y pertenecer incuestionablemente al presunto autor de los hechos delictivos que se investigan o enjuician. Si los resultados del análisis y comparación de ambas muestras son positivos, la identificación de la persona a quien corresponde el ADN tendrá una certeza próxima al 100 %, lo que naturalmente no significa que se le pueda imputar sin más la autoría o la participación en los hechos; conviene recordar que se trata de un método de identificación y averiguación en el marco de una investigación criminal. La pericia sobre el ADN obtenido va a poder arrojar importantes datos acerca de la identidad del sospechoso y respecto de la propia modalidad y circunstancias que rodearon la comisión de los hechos que se investigan¹.

Como claramente establece la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, en España sólo se examinarán y archivarán, si se dan todos los presupuestos normativos, aquellos perfiles que conforman el denominado «ADN no codificante», de tal forma que la injerencia en el derecho a la intimidad sea la mínima imprescindible, conforme exige el principio de proporcionalidad. Dicho de otra manera: no se clasificará información contenida en el ADN relativa a otros datos o características genéticas del sujeto investigado —v.gr.: origen étnico, parentesco, enfermedades, disfunciones, etc.—, según disponen los artículos 3.1.a) y 4 de la citada LO 10/2007.

De otro lado, y también en relación directa con los pronunciamientos contenidos en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que *infra* analizaremos, nuestra LO 10/2007 contiene una disposición —artículo 9— relativa al tiempo de conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN y al momento en que debe procederse a su cancelación.

Por lo que respecta a la regulación vigente en los países de nuestro entorno jurídico cultural, ésta difiere entre sí, y a su vez de la española, en aspectos de notable trascendencia para los derechos y libertades fundamentales. Tales diferencias se han puesto de manifiesto en el propio texto de la Sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el asunto «S. y Mar-

¹ La información que en el ordenamiento español puede ofrecer esta diligencia y eventual prueba en el proceso penal es equivalente a la del cotejo de huellas dactilares —dubitada e indubitada—: identifica al autor o partícipe en los hechos. Además, la «huella genética» que es posible archivar en nuestro país ofrecerá también información sobre el sexo del sospechoso o imputado —hombre o mujer—.

per», precisamente contra el Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008², y en la que se condena a este Estado por vulneración del derecho a la vida privada a que se refiere el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El análisis de esta STEDH nos servirá para poner de relieve los criterios que el Tribunal de Estrasburgo ha sentado en materia de bases de datos policiales que archivan información relativa al ADN de sospechosos; después analizaremos la normativa y jurisprudencia española sobre la materia y extraeremos algunas conclusiones que permitan interpretarla correctamente. Finalmente haremos algunas propuestas que puedan mejorar nuestro sistema y práctica procesal actual en una materia tan sensible en cuanto supone una afeción del derecho a la intimidad y a la vida privada, y más en un momento como el actual en el que en un incipiente «espacio europeo de libertad, seguridad y justicia»³ se firman acuerdos y convenios de cooperación internacional, tanto en el marco de la Unión Europea como eventualmente con terceros Estados, que regulan precisamente la colaboración entre autoridades judiciales, policiales y fiscales en orden al intercambio de información sobre el ADN de sospechosos, o incluso de no sospechosos.

Es más, la propia LO 10/2007 se elabora en cierta medida —vid. Exposición de Motivos— para dar respuesta a «los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos», y más concretamente al conocido como «*Tratado de Prüm*», relativo a la cooperación

² *S. and Marper v. The United Kingdom* [GC], n.º 30562/04 y 30566/04, 04.12.2008, comentada por GONZÁLEZ FUSTER G. en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, 2009, p. 619. A fecha de la Sentencia que analizamos, la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa autoriza la extracción obligatoria de huellas dactilares y muestras de células en el marco de un proceso penal. Al menos veinte Estados miembros disponen de una legislación que prevé la posibilidad extraer ADN y almacenarlo en bases de datos; este número de países aumenta de forma constante. Ahora bien, en la mayor parte de estos países la extracción del ADN en el marco de un proceso penal no es sistemática o indiscriminada, sino que está condicionada a circunstancias concretas y/o a los delitos más graves, generalmente por encima de cierta pena de prisión. El Reino Unido es el *único* Estado miembro que autoriza expresamente la conservación sistemática y por un plazo ilimitado de perfiles de ADN y muestras celulares de personas absueltas o respecto de las cuales se han retirado los cargos. Vid. párr. 45 a 47 de la sentencia dictada en el asunto «S. y Marper».

³ Me remito en este punto a la obra colectiva DE HOYOS, M. (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008.

transfronteriza en la lucha contra el terrorismo, grave delincuencia y migración ilegal, firmado en Prüm (Alemania) el 27 de mayo de 2005, en un principio por siete Estados miembros de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, y en el que se recogen las reglas sobre consulta de datos dactiloscópicos y de ADN de sospechosos y condenados obrantes en los «ficheros» de los distintos Estados firmantes⁴. También debemos mencionar en este punto 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 transfronteriza⁵ presentada a raíz de la entrada en vigor del *Tratado de Prüm*, y cuyo objeto es «incorporar los aspectos esenciales de las disposiciones de dicho Tratado en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea».

II. SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ASUNTO «S. Y MARPER CONTRA EL REINO UNIDO», DE 4 DE DICIEMBRE DE 2008

En 2008 el Reino Unido ha sido condenado por el TEDH, constituido en «Gran Sala», por violación del artículo 8 CEDH en relación con el debido respeto a la vida privada. Esta sentencia ha tenido una gran repercusión mediática en el propio Reino Unido, y también fuera de él⁶.

En resumen, y por lo que afecta en particular al objeto de este trabajo, el TEDH estimó —párrafo 125— que el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares, las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido deli-

⁴ Véase sobre este extremo los «Estudios» contenidos en el monográfico de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, precisamente titulado «El Tratado de Prüm», núm. 7, 2007.

⁵ *DOUE L 210*, de 06.08.2008.

⁶ Aunque en un principio el Gobierno británico se mostró poco proclive a asumir todas sus consecuencias prácticas de la misma, parece que en los últimos tiempos se ha planteado seriamente la posibilidad —o más bien necesidad— de reformar la normativa que ha provocado la referida resolución condenatoria Sobre las ulteriores reacciones del Gobierno y del Parlamento británico, vid. BEATTIE, K., «S. and Marper v. United Kingdom: Privacy, DNA and Crime Prevention», *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2009, pp. 229 y ss., esp. p. 238. Destaca también la repercusión que sobre los Estados miembros del Consejo de Europa ha tenido esta resolución, HEFFERNAN, L., «DNA and fingerprint data retention: S. and Marper v. United Kingdom», *European Law Review*, núm. 3, 2009, pp. 491 y ss., esp. p. 503.

tos, pero que *no* han sido condenadas, no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y los privados que concurren, y que el Estado demandado supera con esta normativa y práctica cualquier margen de apreciación aceptable en la materia. Por tanto, la conservación de este tipo de datos en tales circunstancias ha de considerarse una lesión desproporcionada del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, y no puede afirmarse su necesidad en una sociedad democrática.

Expondremos a continuación los aspectos fácticos más relevantes de esta causa, así como los principales razonamientos vertidos por la Gran Sala en su resolución condenatoria⁷, de notable trascendencia en general en todo lo relativo a la protección de la privacidad, y también en el marco de la lucha antiterrorista, en la que como sabemos resulta decisiva la cooperación policial y judicial internacional, incluyendo la cesión de datos biométricos archivados⁸.

⁷ Optamos por realizar un resumen sucinto de la misma, pues en el núm. 33 de esta *Revista de Derecho Comunitario Europeo* se publica un certero y clarificador comentario al asunto que nos ocupa, firmado por GONZÁLEZ FUSTER, G., «TEDH - Sentencia de 04.12.2008, S. y Marper c. Reino Unido, 30562/04 y 30566/04 - Artículo 8 CEDH - Vida privada Injerencia en una sociedad democrática - Los límites del tratamiento de datos biométricos de personas no condenadas», *R.D.C.E.*, n.º 33, 2009, pp. 619-633. Desde otras perspectivas, debemos mencionar también el citado trabajo de BEATTIE —vid. nota anterior—, así como el suscrito por HEFFERNAN, L., «DNA and fingerprint...», *op. cit.*, pp. 491 y ss. En nuestro país, vid. también REVERÓN 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*, núm. 30/2009, pp. 171 y ss.

⁸ Sirva como muestra de esta repercusión del asunto «S. y Marper contra el Reino Unido», por ejemplo, la pregunta oral con ulterior debate formulada pocos días después de la publicación de la STEDH, exactamente el 9 de diciembre de 2008, en el Parlamento europeo, y con el siguiente tenor: «¿Está el Consejo de acuerdo en que la UE y los Estados miembros deberían abstenerse a partir de ahora de utilizar los datos biométricos recabados por el Reino Unido y comunicados por este país (o cualquier otro Estado miembro) en el marco de la cooperación comunitaria, o destruir los datos que no cumplen la sentencia del TEDH?». O incluso, con más trascendencia y más reciente aún, el Informe fechado el 3 de abril de 2009, conteniendo una Propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre el problema de la elaboración de perfiles delictivos, en particular en función de la etnia y la raza, en la lucha contra el terrorismo, la actuación policial, la inmigración, la política aduanera y el control de fronteras (2008/2020 (INI)). En dicha Propuesta se contiene una referencia expresa al asunto «S. y Marper contra el Reino Unido» y a los riesgos que conlleva manejar y archivar perfiles basados en el tratamiento de datos personales de sujetos considerados no culpables por los tribunales. Concretamente, el Parlamento

El asunto «S. y Marper» trae su origen en sendas demandas interpuestas en 2004 ante el TEDH por los Señores «S.» —menor de edad entonces— y Marper, a través de las cuales estos ciudadanos formularon su queja con fundamento en los artículos 8 y 14 del CEDH y motivadas en el hecho de que las autoridades británicas conservaran a dicha fecha sus huellas dactilares, muestras celulares y perfiles genéticos, a pesar de que habían concluido, mediante absolución y archivo respectivamente, las acciones penales que en su momento se entablaron contra ellos. Cuando finalizaron los procesos penales, cursaron sendas solicitudes de eliminación de sus huellas y muestras de ADN de los correspondientes archivos policiales, pero la Policía británica se negó en ambos casos. Los demandantes recurrieron ante los tribunales estas decisiones policiales de «no cancelación», pero el tribunal administrativo competente desestimó sus solicitudes, decisión denegatoria que se confirmó en apelación manifestándose entonces, entre otros motivos, que era necesario conservar las muestras de ADN —y no sólo los perfiles—, también en estos casos de absolución y archivo, por los beneficios que en el futuro podían reportar para la generalidad en las tareas de persecución y prevención de los delitos⁹.

En los «fundamentos de derecho» de esta resolución de condena al Reino Unido el TEDH deja bien sentados una serie de principios generales en la materia¹⁰ —párrafo 66 y 67—, que después aplica al caso concreto objeto de la resolución —párrafo 68 y ss.—

formuló en esta materia hasta 15 Recomendaciones al Consejo, entre las que podemos destacar cuestiones relativas a los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las actuaciones, control judicial de acceso a la información, establecimiento de plazos para la retención de la información personal, prohibición de recoger y almacenar datos sobre origen racial, étnico o de orientación sexual, así como la necesidad de garantizar derechos de acceso y rectificación efectivos.

⁹ Conviene llamar la atención sobre los siguientes datos que recoge BEATTIE —*op. supra cit.*, pp. 229 y 230—: el 7'39% de la población del Reino Unido tiene sus perfiles de ADN archivados en la «National DNA Database —NDNAD—, la más amplia del mundo en comparación con su población; la siguiente más extensa es la austriaca, con un 1%. El equivalente en el FBI —CODIS— contiene un 0'5% de perfiles de ADN de la población de los Estados Unidos.

¹⁰ Así, nos recuerda que conservar huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN puede y debe ser considerado como injerencia en la «vida privada» de los afectados en el sentido del art. 8 CEDH, noción que como es sabido ha de interpretarse y aplicarse en sentido amplio, como ha venido haciendo el propio TEDH en reiterada jurisprudencia que se nos cita en la propia resolución que ahora analizamos —vid. pár. 66—. Además, prosigue el tribunal, poco importa que esa información memorizada se utilice o no posteriormente.

Efectivamente, las tres categorías de información que conservaron las autoridades policiales del Reino Unido —huellas dactilares, perfiles de ADN y muestras celulares— son datos de carácter personal en el sentido de la Convención sobre protección de datos, puesto que se refieren a personas identificadas o identificables. Las dos últimas categorías de datos contienen una gran cantidad de información personal que se presta en mayor medida a ulteriores utilizaciones; además, conservar sistemáticamente este tipo de muestras y perfiles es una medida muy intrusiva, más si se tiene presente el ritmo al que se suceden las innovaciones en el ámbito de la genética y las tecnologías de la información. En estas condiciones, el TEDH concluye que la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes, Sres. S. y Marper, se considera una lesión del derecho de éstos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio.

Por lo que respecta a la eventual «justificación de la injerencia» en la vida privada, vistos los argumentos de demandantes y del Gobierno del Reino Unido, el TEDH procede a aplicar al caso concreto los parámetros que constituyen ya un referente constante en este tipo de resoluciones: necesaria previsión legal, fin legítimo y necesidad de la actuación en una sociedad democrática, y concluye lo siguiente:

La ley británica no es «insuficientemente precisa» en lo relativo a la conservación de huellas, muestras y perfiles, pero por lo que respecta a las condiciones y modalidades de memorización y utilización de esta información personal, esa ley sí resulta demasiado general y se presta a una interpretación muy amplia; además, los procedimientos de destrucción de los datos archivado no ofrecen a los justiciables «garantías suficientes contra el riesgo de abuso y arbitrariedad» —párrafo 99—. En cuanto a la persecución de fines legítimos, no cabe duda —destaca el TEDH— de que la investigación y prevención del delito lo son, así como la contribución a la identificación de futuros delincuentes. En relación con el requisito de necesidad y proporcionalidad de la injerencia para alcanzar un fin legítimo en una sociedad democrática, el Tribunal concluye que, si bien se reconoce cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales competentes, es él quien finalmente debe resolver si una concreta injerencia es «proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen pertinentes y suficientes», y destaca que cuando se trata de la protección de datos de carácter personal está en juego el respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, por

lo que la legislación interna debe ofrecer unas garantías apropiadas que impidan toda utilización de datos personales que no sea conforme a las garantías previstas en dicho artículo. Si además esos datos de carácter personal están sometidos a un tratamiento automático y son utilizados con fines policiales¹¹, el derecho interno ha de asegurar que esos datos sean pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades con las que se registran, y que serán conservados bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas «durante un periodo de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado» —párrafo 103—. Por supuesto, el derecho interno ha de contener además garantías que protejan eficazmente los datos de carácter personal registrados contra los usos impropios o abusivos¹².

En definitiva, a la vista de los argumentos resumidamente expuestos, el Tribunal estimó —párrafo 125— que conservar de forma general e indiscriminada huellas dactilares, muestras biológicas y perfiles de ADN de personas sospechosas que no han resultado condenadas no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que concurren y que el Estado demandado ha superado cualquier margen de apreciación aceptable en la materia¹³.

¹¹ Concluye HEFFERNAN que es preciso mantenerse vigilantes para asegurarnos de que la gradual ampliación de las bases de datos, unido al incremento de los poderes policiales, no conlleva una infracción de los derechos y libertades. «DNA and fingerprint...», *op. cit.*, p. 504.

¹² Destacó también el Tribunal que Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte son los únicos ordenamientos en el seno del Consejo de Europa que autorizan una conservación ilimitada de las huellas dactilares, muestras y perfiles de ADN de toda persona, independientemente de la edad; basta con haber sido sospechoso de la comisión de un delito. Resulta también «particularmente preocupante en este caso el riesgo de estigmatización», afirmó el TEDH, es decir, que personas que no fueron declaradas culpables de ningún delito y mantienen por tanto su derecho a la presunción de inocencia, «sean tratados de la misma manera que los condenados» —pár. 122—, y más en el caso de menores de edad penal.

¹³ Acerca de la importancia de que las leyes se acomoden a las concretas categorías de personas y a sus circunstancias específicas, vid. HEFFERNAN, L., «DNA and fingerprint...», *op. cit.*, p. 503.

III. REGULACIÓN Y PRÁCTICA PROCESAL ESPAÑOLA SOBRE LA OBTENCIÓN Y ARCHIVO POLICIAL DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN DEL SOSPECHOSO O IMPUTADO

Sobre esta materia debemos mencionar la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, si bien hemos de tener en cuenta también los artículos 326 y 363 LECrim, reformados por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, así como el artículo 778.3 LECrim en el ámbito del proceso penal abreviado. No obstante, debido a la excesiva parquedad de estos preceptos de nuestra LECrim, y por las diversas dudas surgidas en relación con esta materia, se provocaron sendos Acuerdos no Jurisdiccionales del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (TS), de 3 de octubre de 2005, y de 31 de enero de 2006¹⁴.

A la vista de la normativa vigente en nuestro país, de la jurisprudencia más relevante dictada por nuestros Altos Tribunales en esta materia¹⁵, de los referidos Acuerdos y de los Protocolos de actuación policial¹⁶ elaborados en relación con este tipo de diligencias, podemos deducir que los requisitos esenciales para la obtención y archivo policial de identificadores obtenidos a partir de muestras de ADN de sospechosos o imputados, son actualmente en España los siguientes:

En primer lugar, conviene tener presente que en nuestro país sólo se puede archivar en el fichero policial el ADN no codificante, es decir, aquellos perfiles que sirven para identificar a una persona concreta, pero que no ofrecen más datos de tipo familiar, origen étnico, enfermedades, etc¹⁷.

¹⁴ Respondieron respectivamente a las siguientes cuestiones: «¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada? ¿El art. 778.3 LECrim constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia? ¿La policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial?».

¹⁵ Vid. por todas: STS 179/2006, de 14 de febrero; STS 355/2006, de 20 de marzo; STS 949/2006, de 4 de octubre; STS 968/2006, de 11 de octubre, así como la STC 25/2005, de 14 de febrero.

¹⁶ Consúltese la «Circular sobre recogida y tramitación de muestras biológicas», de 5 de noviembre de 2007, remitida precisamente por el Comisario General de Policía Científica con motivo de la publicación y entrada en vigor de la LO 10/2007.

¹⁷ En este punto es muy clara nuestra LO 10/2007, art. 4: «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».

Además, a la vista de nuestra legislación vigente, no siempre que se obtengan y archiven datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos se estará llevando a cabo la investigación de un hecho delictivo en la que precisamente se hubieran hallado restos orgánicos; según dispone el artículo 3.1 a) LO 10/2007, para incorporar estos datos a la base policial basta con que se estén investigando «delitos graves»¹⁸.

Por otro lado, no sólo se obtendrán e incorporaran a las bases de datos los perfiles identificativos de sospechosos, detenidos o imputados por los hechos delictivos *supra* referidos, sino que también se podrán incorporar aquellos pertenecientes a sujetos «no sospechosos» que accedan volunta-

¹⁸ «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 la cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de 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.» Coincido plenamente con ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., en este punto, que plantea no pocos inconvenientes: ¿se trata de un concepto jurídico penal, en cuyo caso «delito grave» sería aquel que lleva aparejada «pena grave» —arts. 13.1 y 33.2 CP—? Si así fuere, ¿para qué se enuncian después en el art. 3.1.a) una serie de bienes jurídicos afectados —que pueden conformar tipos «graves», o no—, precedidos por la expresión «en todo caso»? ¿Debemos entender que sólo cabe archivar el perfil de su ADN si el sospechoso lo es de un delito de los allí indirectamente enunciados, sancionado además con pena grave? Vid. las dudas y objeciones que al respecto plantea el citado autor en su trabajo: «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*, núm. 6901, pp. 4 y ss. ETXEBERRÍA concluye que junto a uno de los delitos relacionados en el art. 3.1 a), se debería exigir en todo caso el requisito de la gravedad, si bien hubiera sido deseable una fórmula similar a la empleada en Francia en leyes de la naturaleza de nuestra LO 10/2007: detallar los *concretos* tipos penales en los que resultaría procedente incorporar la información genética. Por su parte, MARTÍN PASTOR, J., «Avances jurisprudenciales y legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal. En especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre», en *Investigación genética y Derecho*, Coord. C. Salcedo Beltrán, Valencia, 2008, págs. 73 y ss., esp. p. 125, interpreta «delito grave» como aquel que lleva aparejada una pena de más de 9 años de privación de libertad, pues será enjuiciado por el cauce del proceso penal ordinario. Sin embargo, DOLZ LAGO, M.J., se ha pronunciado también en el sentido de considerar que serían aquellos castigados con pena de prisión superior a 5 años —arts. 13 y 33 CP—; vid. «Problemática de la toma de muestras de ADN a los menores y su tratamiento legal», *La Ley Penal*, núm. 58, noviembre 2008, pp. 1 y ss., nota 2. Es evidente por tanto la posible disparidad en la interpretación de un concepto con efectos prácticos tan importantes en este ámbito.

riamente a prestar muestras celulares y a tal obtención de perfiles de ADN para su archivo¹⁹.

Otra cuestión relevante en esta materia, y de gran trascendencia procesal en cuanto puede afectar a la licitud probatoria —artículo 11.1 LOPJ—, es todo lo relativo a la forma en la que se podrán obtener de estos sujetos, detenidos o no, los restos orgánicos —muestras celulares indubitadas— de los cuales los peritos pertenecientes a los laboratorios acreditados obtendrán ulteriormente los perfiles identificativos.

La primera hipótesis que nos podemos plantear es que el presunto autor de los hechos sea reincidente, o mejor dicho, que su perfil de ADN ya conste registrado en la base de datos policial. En ese caso, encontrada y recogida la muestra dubitada y guardando debidamente la «cadena de custodia», se procederá a su análisis y comparación con la información que obra en la base de datos policial, española o extranjera si los Convenios vigentes lo permiten, y podrá así descubrirse la «titularidad» de esos restos orgánicos, desconocida cuando fueron recogidos por los expertos en el lugar de los hechos, o de la propia víctima, si fuere el caso.

Si hecha la anterior comprobación resulta que ese perfil de ADN, obtenido de una muestra por el momento dubitada, no aparece registrado en ninguna base de datos policial accesible, se deberá proceder a obtener la muestra celular indubitadamente perteneciente al sujeto sospechoso o imputado en la causa abierta, con el fin de compararla con aquella que sigue siendo dubitada.

En tal caso, las posibilidades son también varias, que de menor a mayor dificultad podemos resumir de la siguiente manera:

1.º) El sospechoso, detenido o no, es requerido por la Policía para que preste una muestra orgánica —generalmente saliva, obtenida a través de un sencillo frotis bucal con un hisopo, por duplicado—, y éste consiente y accede a suministrar dicha muestra indubitada, previa información de su derechos y finalidades que se persiguen con la actuación. En estos supuestos no se considera necesario que esté presente su abogado; el sospechoso firmará el documento de conformidad con la obtención de la muestra²⁰ y

¹⁹ Esta es la interpretación que se viene haciendo de lo dispuesto en el art. 3, apdo. 2º LO 10/2007: «Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento».

²⁰ «Acta de notificación de recogida de muestras biológicas» y «Acta de recogida voluntaria de muestras biológicas», según el sujeto se encuentre detenido o no, y que firmarán además dos Policías.

autorizará su cotejo y eventual inclusión en la base de datos policial del ADN²¹. La toma de esta muestra tiene lugar en el mismo momento en que el sujeto sospechoso es «reseñado» por la Policía: junto con la impresión dactilar y la fotografía, firmará la autorización para la toma de muestras y se procederá al frotis bucal²².

2.º) El sospechoso no accede en principio al requerimiento policial, por lo que la Policía solicita al Juez competente la correspondiente resolución judicial ordenando la toma de la muestra²³. A la vista de tal resolución, el sospechoso puede decidir entonces someterse al frotis bucal, con lo que finalmente se dispone de la muestra indubitada.

3.º) El sospechoso se niega absolutamente a prestar de forma voluntaria una muestra orgánica indubitada de la que se puedan obtener sus perfiles de ADN, incluso a la vista de la resolución judicial dictada ordenando la actuación.

Este último supuesto es a mi juicio el más deficientemente resuelto en nuestro sistema vigente, por la insuficiencia normativa a pesar de las recientes reformas y por la falta de una jurisprudencia clara y rotunda en este punto concreto, trasladándose así el problema a los operadores jurídicos que en último término tienen el deber de tratar de identificar al «titular» de esa muestra dubitada; también la doctrina especializada discrepa notablemente en este punto acerca de la suficiencia y de la interpretación que ha de hacerse de la norma vigente²⁴.

²¹ En consecuencia, si el sospechoso consiente en entregar una muestra a la Policía, no será necesaria la autorización judicial para la práctica de esta diligencia y la inclusión de los resultados del ADN identificativo en la base de datos policial. EXTEBERRÍA GURIDI, J.F., critica la total desjudicialización de estos supuestos; vid. más ampliamente su trabajo «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal» (Partes I y II), *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núms. 27/2007 y 28/2008, pp. 39 y ss., y pp. 105 y ss.

²² Consúltese el referido Protocolo policial contenido en la «Circular sobre recogida y tramitación de muestras biológicas», de 5-11-2007. Las reglas aplicables a la recogida de muestras de ADN, así como los requisitos de la «cadena de custodia», las garantías del análisis por laboratorios forenses acreditados o de Policía científica oficiales, y la prueba pericial propiamente dicha, han quedado plasmadas en diversas Sentencias del TS, entre otras en la 179/2006, de 14 de febrero.

²³ Sobre este particular ya se pronunció el TS en su Sentencia 179/2006, de 14 de febrero. Recordemos además el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª, de 3 de octubre de 2005.

²⁴ Vid. por todos ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada, 2008; ARMENTEROS LEÓN, M., «Perspectiva actual del ADN como medio

Hay especialistas que consideran que la normativa actual, los citados artículos 326 *in fine*, 363 y 778.3 LECrim, y destacadamente la DA 3ª de la LO 10/2007, constituyen base normativa suficiente para que, una vez dictada la resolución judicial que ordena obtener muestras celulares del sospechoso, pueda la Policía proceder a practicar el referido frotis bucal, empleándose a tal fin si fuera necesaria la fuerza coactiva estrictamente imprescindible²⁵. A juicio de los que sostienen esta interpretación, la referida DA 3ª de la LO 10/2007 habría venido a completar nuestro ordenamiento en este punto y constituiría habilitación legal bastante para la práctica antedicha²⁶.

Personalmente, no puedo coincidir con tal criterio, porque de la lectura de los preceptos referidos no se deduce de forma clara e indubitada que

de investigación y de prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 6738, 2007, pp. 1 y ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Reserva judicial...», *op. cit.*, pp. 39 y ss., y pp. 105 y ss., y del mismo autor, «La LO 10/2007...», *op. cit.*; IGLESIAS CANLE, I.C., «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quebra del principio de legalidad», *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., Madrid, 2006, pp. 175 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2004, Dir. PÉREZ DEL VALLE, C.J., CGPJ, Madrid, 2005, pp. 211 y ss.; MARTÍN PASTOR, F.J., «Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre), *La Ley Penal*, núm. 46, febrero 2008, pp. 1 y ss.; y del mismo autor, «Avances jurisprudenciales...», *op. cit.*, pp. 73 y ss.; MORENO VERDEJO, J., «ADN y proceso penal: análisis de la Reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Nuevas técnicas de investigación del delito, intervenciones corporales y ADN*. Madrid, 2004, pp. 1801 y ss.; MUÑOZ CUESTA, F.J., «Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 25/2006 —Comentario—; PÉREZ MARÍN, M.A., «Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, pp. 131 y ss., y del mismo autor, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Valencia, 2008.

²⁵ Así, MARTÍN PASTOR, F.J.; vid. más ampliamente la interesante argumentación del autor en «Controversia jurisprudencial...», *op. cit.*, esp. pp. 18 y ss., y más recientemente en «Avances jurisprudenciales y legislativos...», *op. cit.*

²⁶ «Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 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 la autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim*» —la cursiva es nuestra—.

ante la negativa del sospechoso a prestar la muestra orgánica requerida se pueda emplear la fuerza coactiva necesaria a tal fin²⁷, que puede ser escasa, o bien no serlo en absoluto, dependiendo del sujeto, de su actitud y de las circunstancias. Y tan es así —falta Ley Orgánica que habilite expresamente para su obtención coactiva—, que hoy en día en tales casos de negativa del sospechoso a prestar la muestra orgánica para su análisis, incluso habiéndose dictado orden judicial al respecto, nuestros Policías prefieren evitar el uso de la fuerza a tal fin, y desde luego todo riesgo de obtención de pruebas con eventual vulneración de garantías esenciales, por lo que en último término están optando por esperar a que el sospechoso, bien en un interrogatorio o bien durante el periodo de detención, «abandone»²⁸ una muestra o fluido orgánico que diligentemente será recogido por el funcionario de Policía y que será remitido para su análisis como muestra indubitada a los laboratorios acreditados, con pleno control y constancia de la cadena de custodia —en ocasiones incluso se habrá grabado en vídeo tal «abandono» para en su caso certificar que la muestra obtenida corresponde al sospechoso indicado—²⁹.

Por otro lado, empleando ahora argumentos de técnica legislativa, no nos parece muy riguroso que tal aspecto —obtención coactiva de muestras orgánicas de un sospechoso para su identificación— deba regularse en la Disposición Adicional de una Ley sobre bases de datos policiales³⁰. Esta cuestión tendría que estar prevista con detalle —presupuestos, garantías, consecuencias, etc.— en nuestra LECrim, como sucede por ejemplo en el ordenamiento alemán, cuyo artículo 81 StPO regula esta cuestión, incluyendo las consecuencias de no prestar la muestra voluntariamente cuando el juez la reclama para la identificación de un sospechoso. Por su parte,

²⁷ Sostienen también esta interpretación de la normativa vigente, entre otros, EXTBERRÍA GURIDI, J.F., *op. cit.*, o PÉREZ MARÍN, M.A., «Sobre el consentimiento del sujeto pasivo...», *op. cit.*, esp. pp. 135 y ss.

²⁸ Beberá agua y se podrá recoger saliva del vaso que utilice, se acostará a descansar y se le desprenderán cabellos, fumará y dejará saliva en la colilla, se cambiará el apósito que le cubre una herida, etc., etc.

²⁹ Recordemos además el citado Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS, de 31 de enero de 2006, que dispone que la Policía Judicial podrá recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso, incluso sin autorización judicial previa. Este Acuerdo se aplicó por la Sala 2ª del TS, entre otras, en sus Sentencias de 14 de febrero de 2006, o de 20 de marzo del mismo año.

³⁰ También muy crítico en este punto DOLZ LAGO, M.J., «Problemática ...», *op. cit.* p. 1.

estimamos que el Tribunal Supremo ha eludido en diversas ocasiones pronunciarse con la necesaria rotundidad y claridad sobre esta trascendente cuestión³¹.

Tampoco la solución por la que opta el TS al valorar si concurre la mínima actividad probatoria de cargo —considerar la negativa del sospechoso a prestar muestras orgánicas como indicio incriminatorio³²— parece una solución óptima, sobre todo si tenemos en cuenta que con una relativamente escasa injerencia, siempre que estuviera bien regulada en la norma y fuera ejecutada con todas las garantías, se podría conseguir más allá del indicio, la *certeza* de la pertenencia o no de esas muestras dubitadas al sujeto que ahora resulta sospechoso o imputado.

A nuestro juicio, tal actuación no conllevaría un desconocimiento o vulneración del contenido esencial del derecho a no autoincriminarse —*nemo tenetur se detegere*—³³, pues con la normativa vigente y las reglas sobre valoración de la prueba que aplican nuestros tribunales, no ha de considerarse más que una medida de comprobación o de verificación de la «titularidad» de los restos orgánicos hallados, una diligencia de resultado incierto —inculpatario o exculpatario— que en efecto sólo debe ofrecer datos identificativos y no otros, lo mismo que sucede cuando se contrastan huellas digitales. Además, no podemos minusvalorar la importancia de acatar las resoluciones judiciales en sus propios términos, de forma inmediata, y más si se trata de hechos delictivos graves y las actuaciones que se ordenan suponen una injerencia relativa y ofrecen una valiosa y precisa información; el uso de la fuerza coactiva está previsto para otras medidas que pueden resultar incluso más gravosas,

³¹ Sin ir más lejos, en la citada STS 968/2006, de 11 de octubre, podemos decir que nuestro Alto Tribunal «pasó de puntillas» sobre esta cuestión concreta y dio por buena la práctica de los Servicios Médicos del Centro Penitenciario en que se encontraba el sospechoso de una agresión sexual, los cuales, ante la negativa del interno a prestar una muestra orgánica para el análisis del ADN, procedieron a su obtención una vez dictada la resolución judicial ordenando la actuación. El TS se limitó en este caso a controlar la existencia previa de la necesaria autorización judicial.

³² Solución por cierto ya avalada en su momento por la STEDH, Caso Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, en la el Tribunal Europeo señaló que cuando la negativa del acusado a someterse a las pruebas carezca de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una actuación que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente —inculpatario/exculpatario—, nada impediría al tribunal nacional valorar su actitud —la negativa— de forma lógica y racional.

³³ Cfr. esta conclusión con los planteamientos expuestos por LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, J., siempre coherentemente con los argumentos que el autor viene sosteniendo sobre la materia, entre otros en su trabajo «La prueba en el proceso penal...», *op. cit.*, pp. 211 y ss.

como puede ser una entrada y registro domiciliario en contra de la voluntad de los moradores, por ejemplo.

De otro lado, estimo también que en esa ponderación de derechos e intereses en juego que nos reclama el principio de proporcionalidad de la injerencia, no debemos perder de vista en ningún momento que junto a los incontestables derechos procesales de todo sospechoso se encuentran también las atendibles pretensiones de las víctimas que quieren conocer, si es posible, como técnicamente es el caso, si los restos orgánicos hallados durante la investigación corresponden al que aparece como sospechoso o imputado en la causa por la agresión que ha padecido; y no le bastarán meras presunciones o indicios derivados de la negativa a prestar muestras orgánicas.

Por lo demás, se estarían reforzando al mismo tiempo los elementos fácticos de que puede disponer el juez para apreciar la concurrencia del *fumus commisi delicti* como presupuesto de las medidas cautelares que le pueda solicitar la acusación, y desde luego podrían precisarse en mayor medida los elementos probatorios de la causa.

En todo caso, permítaseme que destaque de nuevo la premisa argumental de partida: una cosa es que la referida actuación sea técnicamente posible en un proceso penal propio de un Estado de Derecho, y otra bien distinta, que la legislación actualmente vigente sobre la materia en nuestro país establezca de forma clara, expresa e «indubitada» que la Policía está facultada para emplear toda la fuerza coactiva necesaria sobre el sospechoso que se niega a prestar la muestra orgánica para su análisis, incluso previa orden judicial. Si como entienden algunos intérpretes esta última era en efecto la intención del legislador, de 2003 y de 2007, consideramos que debería haber sido más explícito en una cuestión de tanta trascendencia.

Además, esta inseguridad jurídica que estimamos pueden padecer el sospechoso, la víctima, y todos los operadores jurídicos en general —la Policía destacadamente—, puede ocasionar ilicitudes en la obtención de fuentes de prueba que afecten al resto del material probatorio —artículo 11.1 LOPJ—. Por otro lado, la solución «práctica» consistente en esperar a que se produzca el «abandono» del resto orgánico que el sospechoso se niega a entregar voluntariamente, no parece de recibo, por muchas razones evidentes, entre otras: dilación innecesaria de la detención, posibilidad de confusión en la recogida de la muestra, dudas en la cadena de custodia, etc., etc.

Otros dos aspectos de extraordinaria relevancia en la materia que nos ocupa, directamente vinculados con los pronunciamientos contenidos en la

STEDH «S. y Marper» son, por un lado, la posibilidad de conservar vestigios o muestras del material corporal obtenido en la causa y, por otro lado, la de solicitar la cancelación o rectificación de los datos de carácter personal que obren en los ficheros.

Encontramos una referencia a la primera cuestión en el artículo 5.1 LO 10/2007: «Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios», pero no hallamos en este precepto, ni en ningún otro de la LO 10/2007, una regulación más detallada de esta cuestión, sin duda de una trascendencia notable sobre los datos personales, pues se trata de la remisión y de la conservación para eventuales análisis ulteriores o en su caso «contraanálisis», no ya de perfiles identificadores obtenidos a partir del ADN, sino de muestras o vestigios corporales —restos de sangre, cabellos con raíz, hisopo impregnado de saliva, etc.—, con toda la información personal que allí se contiene. El único requisito que ha establecido el legislador es la necesidad de pronunciamiento judicial sobre la ulterior conservación de tales muestras o vestigios, pero no dispone con base en qué criterios ordenará su conservación o destrucción, ni fija tampoco un límite temporal máximo, lo que sí se hace en el artículo 9 LO 10/2007 respecto a los identificadores obtenidos a partir del ADN.

Tal falta de mención de los criterios o circunstancias que deberá valorar la autoridad judicial para ordenar que se conserven o se destruyan esas muestras orgánicas, el hecho de que no se distinguan en la norma los efectos de que el sujeto sospechoso sea condenado o absuelto por resolución firme, o que no se considere tampoco la posibilidad de que el detenido ni siquiera llegue a alcanzar el estatus procesal de imputado, hacen que tal garantía jurisdiccional contenida en el artículo 5.1 LO 10/2007 devenga insuficiente³⁴.

Por lo que respecta a la cancelación o conservación de los datos contenidos en el fichero policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, esta cuestión encuentra tratamiento en el referido artículo 9 LO 10/2007, cuya interpretación por cierto dista bastante de ser clara y unívoca³⁵.

³⁴ Como destaca ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. —con cita de NICOLÁS JIMÉNEZ— los límites a la posibilidad de almacenar y conservar en la base de datos policial los identificadores obtenidos a partir del ADN de un sospechoso —art. 9 LO 10/2007— «pueden resultar inoperantes en el caso de que no se adopten otras similares en relación con las muestras o vestigios de los que se pretende obtener dicha información». Vid. respectivamente, «La LO 10/2007...», *op. cit.*, p. 12, y *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Granada, 2006, p. 90.

³⁵ Vid. más ampliamente los comentarios y objeciones que respecto de este artículo formula ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *op. supra cit.*, pp. 13 y ss.

En cualquier caso, la LO 10/2007 establece periodos máximos de conservación de los datos archivados en el fichero policial de perfiles de ADN, transcurridos los cuales se deberá proceder a la cancelación de oficio por el «responsable del fichero» —supuestos de los apartados 1º, 2º y 4º—, o bien podrá instarla el propio afectado, según dispone el apartado 3º con remisión a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, en ejercicio por tanto de un derecho de carácter personalísimo.

Evidentemente, tal «responsable del fichero» deberá ser oportuna y puntualmente informado del transcurso de los plazos máximos establecidos en la norma, o de la concurrencia de alguno de los motivos para la cancelación de los datos de oficio.

Por otro lado, los sujetos cuyos perfiles de ADN se inscriben en el registro policial también deberán ser informados en ese mismo momento de los motivos y posibilidades de acceso, rectificación y cancelación, y deberán conocer ante quién deben cursar tal solicitud; es decir, se les deberá indicar expresamente al tiempo de la inscripción quién es el «responsable del fichero» al que se refiere la LO 10/2007³⁶.

Actualmente, en el modelo que se utiliza de «Acta de recogida de muestras biológicas», cursado por la Comisaría General de Policía Científica, no aparece entre los derechos sobre los que deberá ser informado el sospechoso por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía ninguno de los elementos anteriormente referidos. Únicamente se le comunica que «podrá ejercer su derecho de cancelación, rectificación y acceso a los datos, en los casos previstos en el artículo 9 de la propia LO 10/2007», y «en los términos establecidos en la LO 15/1999», quedando las muestras obtenidas «convenientemente referenciadas», pero no se contiene mención alguna a la concreta autoridad «responsable del fichero» ante la que pueden cursar la solicitud de acceso, rectificación y cancelación. En consecuencia, la LO 10/2007 es incompleta en este punto y tampoco consta que se le comunique al sospechoso, en el mismo acto de la toma de muestras, cómo acudir a tal registro para eventualmente solicitar una ulterior rectificación o cancelación.

En cuanto a la cancelación de los identificadores obtenidos de «sospechosos no imputados», que según el artículo 9.1 de la LO 10/2007 sólo podrá tener lugar una vez transcurrido el tiempo de prescripción del deli-

³⁶ La LO 10/2007 no designa a ese responsable —vid. DF 3ª—, a pesar de que en virtud de la LO 15/1999, de protección de datos personales —art. 20.2 f) y g)— sería exigible tal concreción.

to, hemos de mostrar aquí nuestra disconformidad con tal amplitud normativa. Consideramos que si en la causa abierta no se llegaran a recabar los elementos suficientes para poder imputar al sujeto sospechoso uno de los delitos graves referidos en el art. 3, sus datos personales y perfil de ADN deberían cancelarse del fichero policial cuanto antes, sin esperar a que se cumpla el plazo de prescripción del delito.

Finalmente, nos resta hacer también una referencia a los supuestos en que la muestra orgánica de la que se extraerán los perfiles identificativos del sospechoso, imputado o detenido deba provenir de un menor de edad penal. Recordemos que la LECrim es supletoria de la Ley sobre responsabilidad penal del menor —LO 5/2000, de 12 de enero— por lo que resultarán aplicables las previsiones de los referidos artículos 326 y 363 LECrim sobre la obtención de muestras corporales del sospechoso, así como la propia LO 10/2007³⁷.

El problema específico que se puede plantear en este tipo de casos, como ya puso de relieve Dolz Lago³⁸, es el relativo al «consentimiento» en la entrega de muestras orgánicas por el menor sospechoso: ¿será el menor, y sólo éste, quien deba consentir en la realización del correspondiente «frotis bucal»?; o por el contrario ¿debería consentir en su nombre el correspondiente representante legal?, o bien ¿habría que requerir el consentimiento de ambos?

La situación del menor infractor penal no encuentra tratamiento específico en la LO 10/2007, norma que no realiza ninguna distinción en función de la edad. Ante tal silencio, la doctrina concluye³⁹, interpretando conjuntamente las limitaciones que en nuestro ordenamiento se prevén para que el menor pueda consentir y teniendo en cuenta la posición del TC sobre la materia⁴⁰, que es preciso reconocer el derecho a la autodeterminación del menor en este ámbito, como sucede en general en decisiones de índole sanitaria, «siempre que tuviere la suficiente madurez personal», en concordancia con el artículo 162 CC y el artículo 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por lo tanto, puede soste-

³⁷ En la referida «Circular sobre recogida y tramitación de muestras biológicas» de la Comisaría General de Policía Científica —2007—, se indica que cuando se trate de menores se actuará por analogía, ya que la LO 10/2007 no contiene alusión a éstos, por lo que «se procederá conforme a la Instrucción sobre tratamiento policial de menores».

³⁸ En su trabajo «Problemática de la toma de muestras...», *op. cit.*, pp. 1 y ss.

³⁹ Vid. DOLZ LAGO, M.J., *op. supra cit.*, p. 6,

⁴⁰ STC 154/2002, de 18 de julio.

nerse que será necesario el consentimiento del menor, que no podrá ser suplido por el de sus representantes legales, salvo que se aprecie que carece de la suficiente madurez para consentir en estos supuestos. En todo caso, extrapolando lo dispuesto en el artículo 9 de la LO 1/1996, siempre deberían ser oídos sobre este particular. Si el menor «maduro» se niega a consentir, o no lo hace su representante en caso de inmadurez, entraría en escena la orden judicial de toma de muestras, en los términos ya expuestos *supra* para los mayores de edad penal, si bien en estos casos la orden vendría del Juez de Menores competente en la causa abierta.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Comenzando por la exigencia de legalidad —injerencia «prevista por la Ley», que defina «con suficiente claridad el alcance y las modalidades de ejercicio de la facultad que se confiere a las autoridades competentes»—, efectivamente la medida de obtención y archivo de perfiles identificativos del ADN tiene base legal en nuestro derecho interno, si bien carecería de la exigible precisión y previsibilidad en todos los aspectos que tienen repercusión sobre derechos fundamentales, y adolece de defectos o lagunas: posibilidad de obtención coactiva de una muestra orgánica en caso de negativa del sospechoso a prestarla, concreción del concepto «delito grave», consentimiento y tratamiento del menor sospechoso, presupuestos de la destrucción-conservación de las muestras corporales o vestigios, designación de la autoridad ante la que se instará la cancelación, entre otros aspectos ya apuntados y expuestos en el apartado precedente.

En definitiva, si bien es cierto que como destaca el propio TEDH, la ley no puede regular ni hacer frente a cualquier eventualidad —párrafo 96—, no es menos cierto que en lo relativo a los presupuestos y condiciones de obtención y archivo de perfiles identificativos, nuestra normativa vigente —LECrím y LO 10/2007— podría haber sido más precisa, y también en la regulación de las posibilidades de acceso, rectificación y cancelación de los datos —artículo 9 LO 10/2007—.

Por otro lado, valoramos muy positivamente que en España, en la línea de la normativa comunitaria más reciente⁴¹, y ya antes en el Tratado de Prüm, sólo se pueda integrar en los archivos policiales el denominado ADN no

⁴¹ 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, *DOUE, L 210 de 06.08.2008*.

codificante. No obstante, esta garantía de que la injerencia en la vida privada o en la intimidad del sospechoso será la mínima imprescindible para los fines legítimos, podría verse desvirtuada por la conservación sin presupuestos ni límites claros de vestigios o muestras corporales para eventuales análisis o contraanálisis ulteriores —artículo 5.1 LO 10/2007—.

En cuanto al exigible grado de necesidad de la injerencia en los derechos fundamentales y de proporcionalidad entre los medios y los fines, es evidente que esta actuación sólo será posible en nuestro ordenamiento, al margen de los supuestos de no sospechosos que voluntariamente consienten, si previamente el sujeto resulta imputado, es detenido o, sin serlo, deviene sospechoso de la participación en un hecho delictivo de los enunciados en la Ley; ésta no concreta el grado de sospecha exigible como presupuesto de una medida de estas características, pero debemos entender que no bastarán las meras especulaciones, y que deberán concurrir motivos o indicios racionalmente bastantes, con fundamento fáctico suficiente, de tal manera que la autoridad competente pueda al menos *prima facie* atribuir la comisión de un hecho delictivo grave al sujeto pasivo de la medida. La proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos —investigación y prevención de hechos delictivos— sólo se respetará si el delito que se atribuye o imputa al sospechoso tiene suficiente entidad a la vista de la injerencia en los derechos fundamentales que se va a producir con el archivo de los perfiles identificativos, que además se pondrán a disposición de las autoridades encargadas de la persecución penal en otros Estados. La ley se refiere a los supuestos en que se esté investigando un «delito grave», y enumera una serie de bienes jurídicos y de circunstancias delictivas, pero con escasa precisión; hubiera sido preferible la designación de tipos penales concretos, o un límite punitivo determinado.

Tengamos presente también que el requisito o exigencia de la proporcionalidad de la medida debe concurrir al momento de adoptarla y también a lo largo de toda su vigencia, por lo que si en algún momento de la investigación o de la causa desaparecieran los motivos que justificaron la injerencia —archivo de los perfiles identificativos—, ésta debería alzarse inmediatamente, sin dilación alguna, de oficio.

El control judicial o la garantía jurisdiccional es también un elemento esencial de cualquier injerencia en un derecho fundamental acorde con el Estado de Derecho; sin embargo, en los casos en que el sospechoso accede voluntariamente a entregar una muestra orgánica a la Policía, tal garantía jurisdiccional no está presente; sólo si se niega se obtendrá una resolución

judicial ordenando la actuación. Por lo que respecta al control judicial del mantenimiento de los datos en el archivo, estimamos que es fundamental una comunicación puntual y fluida entre la autoridad judicial y el «responsable del fichero», de tal manera que en el momento en que concurra algún motivo de cancelación se proceda inmediatamente a la misma. De otro lado, la garantía jurisdiccional debería operar también «vía recursos» contra la decisión del responsable del fichero que en su caso deniega al interesado el acceso, la rectificación o la cancelación de los datos personales que allí constan, pero debería estar clara en la norma la forma de utilizar tales medios de impugnación.

Otro de los requisitos de una medida de este tipo es la provisionalidad y la temporalidad. Es decir, que la medida —en este caso, la conservación de muestras corporales y el archivo del perfil del ADN— dure o se mantenga el tiempo estrictamente imprescindible, ya que cualquier exceso temporal, incluso mínimo, calificaría a la medida de desproporcionada. En todo caso, la medida o la injerencia deberá contar con un límite temporal máximo o absoluto, lo que como hemos expuesto no aparece de forma totalmente clara en la ley para todos los supuestos que pudieran plantearse.

En cuanto a la exigencia de puntual información de los derechos que en relación con esta actuación le corresponden al sujeto pasivo de la medida, la conclusión que alcanzamos es que a la vista de los modelos de «Actas de recogida de muestras biológicas» empleados por la autoridad policial, no podemos deducir que el sospechoso sea debidamente informado de todos sus derechos en este ámbito, particularmente de los relativos al acceso, rectificación y cancelación de las inscripciones de perfiles identificativos, y mucho menos en relación con la conservación de muestras corporales para futuros análisis. Además, sólo se le informa genéricamente de «los derechos que le asisten respecto a la inclusión en la base de datos policial», lo que se traduce en una remisión a lo previsto en el artículo 7, junto con una referencia a la posibilidad de ejercer su derecho de cancelación, rectificación y acceso a los datos «en los casos previstos en el artículo 9 de la propia LO 10/2007», y según dispone la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal. En consecuencia, no consta que se informe al sujeto pasivo de la medida de cuestiones tan relevantes como: quién es concretamente el responsable del fichero, de qué manera o en qué supuestos podría ejercer los referidos derechos de acceso, rectificación o cancelación, o qué posibilidades existen de «uso o cesión» de datos, incluyendo una referencia a la cesión a autoridades de otros Estados.

A modo de conclusión final, queremos insistir en la indudable utilidad que para la investigación y enjuiciamiento de ciertos delitos tienen las actuaciones que han sido objeto de este estudio, si bien convendrá que todos los operadores jurídicos, y desde luego el legislador, tengan presente en todo momento la notable injerencia en los derechos fundamentales que comporta. Si al menos se respetan todos los presupuestos, garantías, condiciones y requisitos previamente expuestos, no parece que pueda tildarse de desproporcionado que, de forma indubitada y con el grado de certeza que actualmente permite la técnica, sea posible identificar al «titular» de las muestras orgánicas vinculadas a la comisión de un hecho delictivo.

OBTENCIÓN Y ARCHIVO DE IDENTIFICADORES EXTRAÍDOS A PARTIR DEL
ADN DE SOSPECHOSOS: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS

RESUMEN: Se analizan en este trabajo las posibilidades que actualmente ofrece la obtención y archivo de identificadores del ADN de sospechosos en el ámbito de la investigación y prueba de hechos delictivos graves. Concretamente, se estudia la normativa española a la luz de los criterios establecidos en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además se realizan propuestas de mejora del sistema y práctica procesal, que incluye la colaboración entre autoridades de distintos Estados en orden a la cesión e intercambio de información registrada en diversas bases de datos y ficheros protegidos.

PALABRAS CLAVE: Garantías esenciales del proceso penal – investigación y prueba de delitos – bases de datos de ADN de sospechosos – jurisprudencia tribunal europeo de derechos humanos

OBTAINING AND ARCHIVING IDENTIFIERS EXTRACTED FROM
THE DNA SAMPLES OF SUSPECTS: ANALYSIS OF THE SPANISH
REGULATION IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Possible practices currently associated with obtaining and archiving the DNA identifiers of suspects in the field of the investigation and proof of serious criminal acts are examined in this paper. In concrete, the Spanish regulation is studied in the light of the criteria established in this field by the European Court of Human Rights. Furthermore, proposals are put forward to improve the system and procedural practice, which include collaboration between the authorities in different States with a view to the transfer and exchange of information held on various databases and protected files.

KEY WORDS: Essential safeguards in criminal proceedings – investigation and proof of crimes – DNA database of suspects – Case-Law of the European court of human rights

OBTENTION ET ARCHIVE D'IDENTIFICATEURS EXTRAITS À PARTIR
DE L'ADN DE SUSPECTS: ANALYSE DE LA RÉGULATION ESPAGNOLE
À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME

RÉSUMÉ: On analyse dans ce travail les possibilités actuellement offertes par l'obtention et l'archive d'identificateurs de l'ADN de suspects dans le domaine de l'investigation et de la preuve de faits délictueux graves. Concrètement, on étudie la réglementation espagnole au regard des critères établis dans ce domaine par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. De plus, des propositions sont réalisées pour améliorer le système et la pratique procédurale, y compris la coopération entre les autorités des différents États en vue du transfert et de l'échange d'informations inscrites dans de diverses bases de données et fichiers protégés.

MOTS CLÉS: Garanties essentielles du procès pénal - investigation et preuve de délits - base de données de l'ADN de suspects - jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme