

# Por Ley

ECOS Y COMENTARIOS



## Muestras biológicas en personas detenidas. Presencia del abogado

Por Ricardo De Lorenzo, socio-director de De Lorenzo Abogados

Los magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunidos en Sala General, han acordado, aunque no unánimemente, que la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN, con el **consentimiento del imputado**, precisa de la asistencia de letrado cuando el imputado se encuentra detenido o, en su defecto, de autorización judicial.

Sin embargo, la Sala ha decidido que 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 no conste la asistencia de letrado, cuando el acuso no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos durante la fase de instrucción del proceso.

Por lo tanto, si la policía quiere tomar una muestra de ADN a un detenido en comisaría, y no media orden judicial previa, será necesario que su Abogado esté presente, al entender la Sala que "“la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentra detenido, o en su defecto, autorización judicial”

En este mismo pleno también se decidió que las pruebas de ADN se pueden contrastar con otras obtenidas anteriormente e incluidas en la base de datos de la policía, aunque no conste la **asistencia de letrado**, en ese caso, si el acusado no cuestiona la validez de estas pruebas durante la investigación, no podrá reclamarse la anulación de estas pruebas por falta de asistencia Letrada, si el recurso es posterior a la Sentencia.

En sentencias anteriores la Sala de lo penal venía bordeando este pronunciamiento sin resolverlo específicamente, hasta unificar esta doctrina en materia de la recogida de prueba de ADN en sede policial, al haber varias resoluciones de diferentes juzgados contrapuestas. Para esta unificación de Doctrina la Sala analizó una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que absolvía a dos acusados de asesinar al vigilante de seguridad de una planta fotovoltaica de Marchena en noviembre de 2009 durante el asalto a esta parcela, en el que cortaron cables de cobre y provocaron daños por valor de 21.448 euros.

La Audiencia de Sevilla terminó absolviendo a los acusados al considerar que no fue válido el consentimiento que prestaron para la toma de sus muestras biológicas. No fueron asistidos por un intérprete ni por abogado, lo que privaba de validez al consentimiento. Al estar la toma de muestras "radicalmente viciada" por la ausencia de un consentimiento válido, no pudieron ser valoradas entre el material probatorio y llevó a su absolución. En este caso, faltó toda prueba directa y tan solo se encontró un guante de trabajo abandonado por los asaltantes y un pantalón de la víctima con restos biológicos que coincidían con otros recogidos en bases policiales referidos a los acusados.

El Ministerio Fiscal recurrió la sentencia tomando como referencia una resolución de octubre de 2013 que condenó a un hombre a ocho años de cárcel por un delito de lesiones y otro de robo por apuñalar y robar a una mujer en noviembre de 2012 en Barcelona. Este hombre cuestionó la legalidad de su identificación a través de la prueba de ADN y el Supremo avaló la pureza de la obtención y custodia de las muestras.

Esta Resolución se hacía más que necesaria, para impedir que meritorias actuaciones de nuestra Policía Nacional, pudieran invalidarse en posteriores fases de los procedimientos judiciales, como consecuencia de la obtención e incorporación de estas pruebas a la base de datos policial de identificadores obtenidos

a partir del ADN, registro de datos de reciente creación, pues data del año 2008, cuando se crea un fichero policial único, en el que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir del análisis del ADN, obtenidos en el marco de una investigación criminal.

En el origen de este tipo de registros de datos, tenemos que remontarnos al año 1988, fecha en la que en la Bristol Crown Court, del Reino Unido, utilizó la investigación de ADN, para identificar y condenar a un peón llamado Robert Melias a 8 años de reclusión por haber agredido sexualmente a una mujer discapacitada, en el domicilio que ella tenía en Avonmouth. A partir de esa fecha, tanto en España como en el resto de los países de nuestro entorno se tomó conciencia de la trascendencia de los **marcadores genéticos en las investigaciones criminales**, algo que venía siendo más frecuente en otros ámbitos, como la identificación de cadáveres o la determinación de relaciones de parentesco.

Sin embargo, y a pesar de esa importancia, el uso de los datos relacionados con el ADN, en el ámbito de la persecución de delitos, sigue contando hoy, y a pesar de esta resolución del Tribunal Supremo, con no pocas dificultades, especialmente 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.

En el año 2003, y mediante lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación. La nueva redacción que se dio a los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consistieron, esencialmente, en regular la posibilidad de obtener el ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN pudieran ser incorporados a bases de datos para su empleo en esa concreta investigación aunque sin contemplar la **creación de una base de datos centralizada** que permitiera su utilización posterior en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos.

En España, los ficheros de bases de datos policiales con identificadores obtenidos a partir del ADN comenzaron a autorizarse a partir del año 1994, mediante diversas órdenes ministeriales, hasta la aparición en noviembre del año 2008 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN cuyo objeto fue la creación de un fichero policial único en el que se almacenarán los datos identificativos obtenidos a partir del análisis del ADN y que se hubieran realizado en el marco de una investigación criminal o en la identificación de cadáveres o averiguación de personas desconocidas.

La Ley tuvo en ese momento ya no solo en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, había venido conformando el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias como la 207/1996, de 16 de diciembre, sino también las 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, así como los pronunciamientos del 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.

Esta Recomendación apuntaba la posibilidad de crear bases de datos con datos genéticos, y se señalaban las directrices a las que había que acomodar las legislaciones de los países europeos en esta materia. Incluso, esta Recomendación aceptaba la posibilidad de archivo de **información genética sobre reos de delitos sexuales** u otros de similar gravedad contra la integridad de las personas, aunque no distinguiendo entre material codificante y no codificante, por lo que su aplicación final la debían especificar los Estados miembros.