



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

CONSECUENCIAS ACCESORIAS

DEL DELITO:

**LA TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS DEL
NUEVO ARTÍCULO 129 BIS**

Alumna: Vanesa Maya Romero

Octubre, 2020

INDICE

RESUMEN	3
PALABRAS CLAVES:	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1.CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO: CUESTIONES GENERALES.	5
1.1.Precedentes de las consecuencias accesorias: Legislación proyectada y legislación vigente.	5
1.2. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.	11
1.3. Consecuencias accesorias del delito en general	13
2.TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS: EL NUEVO ARTÍCULO 129 BIS	16
2.1.Introducción.....	16
2.2.Antecedentes.....	17
2.3.Perfiles en la base de datos	17
2.4.Borrado o cancelación de perfiles genéticos de la base de datos	18
2.5. El ADN como fuente de prueba pericial en el proceso penal.....	21
2.5.1.Toma de muestras biológicas en el lugar del crimen	24
2.5.2. La toma de muestras del cuerpo de la víctima.	25
2.5.3. Toma de muestras biológicas del sospechoso	28
2.5.4. Conservación y uso de los resultados obtenidos	33
3.PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 129 BIS	34
3.1. Posible uso de la fuerza	34
3.2.Posible vulneración de los derechos fundamentales e intromisión al derecho a la intimidad.....	38
4.CONCLUSIONES	43
5.BIBLIOGRAFÍA	46

RESUMEN

El ADN es el conjunto de información genética que dota a un organismo de sus características biológicas. La utilización del análisis de ADN como prueba pericial en un proceso penal y la posterior incorporación de esta información en bases de datos genéticas hace posible la investigación y averiguación de miles de casos sin resolver. Aunque supone muchas ventajas para la justicia criminal, por otro lado esta práctica también presenta ciertas desventajas, entre ellas, la primera sería si para la recogida y/o análisis de las muestras biológicas abandonadas en el escenario del crimen o por el sospechoso es necesario que medie autorización judicial, la segunda sería la posible vulneración de los Derechos Fundamentales de una persona, la tercera sería las posibles consecuencias a la negativa de someterse a esta práctica por parte de los posibles autores de un delito.

ABSTRACT

DNA is the set of genetic information that gives an organism its biological characteristics. The use of DNA analysis as expert evidence in criminal proceedings and the subsequent incorporation of this information in genetic databases makes possible the investigation and investigation of thousands of unsolved cases. Although it has many advantages for criminal justice, on the other hand this practice also has certain disadvantages, among them, the first would be if for the collection and / or analysis of biological samples abandoned at the crime scene or by the suspect it is necessary that With judicial authorization, the second would be the possible violation of the Fundamental Rights of a person, the third would be the possible consequences of the refusal to submit to this practice by the possible authors of a crime.

PALABRAS CLAVES: derecho penal, artículo 129 bis, base de datos, perfil genético, ADN, sospechoso, delito, consecuencias accesorias, muestras biológicas, consentimiento, uso de la fuerza, Derechos Fundamentales, derecho a la intimidad.

KEYWORDS: penal code, article 129 bis, database, genetic profile, DNA, suspect, crimes, accessory consequences, samples biological, consent, use of force, Fundamental Rights, right to privacy.

INTRODUCCIÓN

Entre las consecuencias accesorias del delito que recoge el Código Penal, en el presente trabajo vamos centrarnos en una de ellas, la toma de muestras biológicas del condenado por la comisión de un delito grave contra la vida de una persona, recogido en el artículo 129 bis.

En los últimos años las técnicas del análisis de ADN como prueba en el proceso penal, se han convertido en una práctica muy común, la mayoría de las investigaciones giran en torno al intercambio de muestras biológicas entre autor- víctima- escenario del crimen. En España la utilización de estas técnicas recibieron respaldo legislativo en 2003, cuando tuvieron lugar con la LO 15/2003 los artículos 326 y 363 LECrim, que más adelante estudiaremos con detenimiento.

La prueba de cotejo de ADN consiste en la comparación de ADN de una muestra dubitativa, la cual es aquella que no se sabe a que sujeto pertenece; y otra indubitada, obtenida de un sujeto incierto, con el fin de verificar la coincidencia de los marcadores genéticos de ambas muestras.

Para que la prueba de ADN pueda ser admitida al proceso como prueba de cargo, es preciso la combinación de tres labores: 1) Estar en posesión de muestras o vestigios biológicos sobre los que se va a realizar dichos análisis, siendo estos bien del sospechoso, la víctima o del mismo escenario del crimen, 2) La realización del cotejo de las muestras se realizará en laboratorios acreditados, 3) La correcta y necesaria conservación de estas muestras para que no puedan destruirse o contaminarse.

Dicho esto, en este trabajo vamos a estudiar y analizar los aspectos procesales más importantes de estos métodos probatorios: en primer lugar el importante papel de los derechos del investigado, el segundo lugar los principios que rigen su práctica, en tercer lugar los requisitos necesarios para que la toma de las muestras biológicas tenga lugar, en cuarto lugar la valoración probatoria de las muestras donde se tratará la controversia cuestión de las consecuencias de su garantía, en quinto lugar como y donde se almacenan esos datos obtenido, por último lugar veremos algunos casos reales en relación a estas prácticas y los problemas que se plantean con ellas.

1.CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO: CUESTIONES GENERALES.

1.1.Precedentes de las consecuencias accesorias: Legislación proyectada y legislación vigente.

La denominación de consecuencias jurídicas por la comisión de un delito como “consecuencias accesorias” que introdujo el Código Penal, no tiene antecedentes en el Derecho penal hasta que surgen por primera vez en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 y es que debido a la dificultad que suponía tanto explicarle como aplicarle a una persona jurídica una medida de seguridad ya que ni el mismo legislador conseguía ubicarla entre las clásicas penas y medidas de seguridad. Es por lo que se llevó a introducir esta nueva “categoría” llamada consecuencias accesorias ,que no se consideraban ni penas ni medidas de seguridad, así como tampoco medidas reparadoras de daños o de indemnización de perjuicios.

Nunca antes se había analizado con detenimiento esta nueva categoría, existen diversas opiniones que consideran a las consecuencias accesorias como una tercera modalidad de sanciones penales, digamos que una categoría indefinida que no se corresponde con ninguna de las tradicionales como las penas y medias de seguridad que no encuadrarían dentro de ninguna de estas dos.

La doctrina que se había pronunciado a este respecto sobre tales medidas consideraba que se trataba de medidas de seguridad de carácter administrativo, si bien impuestas por Tribunales penales en el marco de un procedimiento penal.

Desde otro punto de vista las consecuencias accesorias se consideraban como “consecuencias especiales” que despojaban a la persona física del instrumento del delito de sus manos. Otro sector doctrinal las consideraba como simples consecuencias preventivas-reafirmativas carentes de sanción.

El Proyecto de Código penal de 1992, en su exposición de motivos, expone que «El Título VI, «De las consecuencias accesorias», reúne una serie de medidas que, sin dudar de su carácter represivo, no tendrían fácil cometido ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad, pues la mayoría de los casos son adiciones posibles a las penas o

medidas directamente derivables del hecho cometido, y en ocasiones son reacciones frente a quienes, como ocurre con sociedades o empresas, no están capacitadas para soportar las penas o medidas». Con ello, parece que se estaba otorgando a las consecuencias accesorias naturaleza penal coercitiva, aunque distinta a las penas y a las medidas de seguridad. Ello significaba, en definitiva, reconocer una tercera categoría.

La consolidación de esta nueva categoría tuvo lugar con el código penal de 1995, en el que se produjo la incorporación de este modelo singular sin fundamento alguno y el cual fue tan criticado por considerarlo como un “fracaso”, hasta que en 2010 el legislador arriesgando dio un paso más allá y le otorgó un fundamento y naturaleza jurídica a esta nueva categoría configurando incluso un nuevo “comiso” (decomiso), el mantenimiento de las medidas aplicables a entidades colectivas sin personalidad jurídica y la introducción de una “nueva consecuencias accesorias”, como es la toma de muestras biológicas para las bases de datos policiales, lejos de hacer desaparecer esta como se pretendía lo que se ha conseguido es mantener esta nueva categoría e incluso la posibilidad de existencia de una “teoría general de consecuencias accesorias”, intentado buscar un único y absoluto fundamento para las ya tres consecuencias accesorias que se recogen, salvo la heterogeneidad de respuestas penales de carácter asegurativo cada una presenta su propio fundamento, régimen y ámbito de aplicación.¹

Vamos a hablar un poco más de su consolidación como tal y es que en la exposición de motivos del anteproyecto de ley orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, del Consejo General del Poder Judicial, se detallan las principales razones por las que tiene lugar la reforma del vigente Código penal, con la que se intenta proporcionar a la justicia penal de una mayor efectividad, el principal objetivo de la reforma es poner a disposición de la nombrada Administración un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles así como fortalecer la confianza en la Administración de Justicia.

Se está afirmando con esto que el contenido de tales resoluciones no se puede prever o conocer de antemano. Como cualquier otro acto de voluntad, individual o colectivo, que sea fruto de un proceso de deliberación previa, en el que además participen terceros que ostentan posiciones encontradas, las resoluciones judiciales pueden colmar

¹ Bacigalupo, S. (2004), *Ganancias ilícitas y derecho penal*, “El comiso de ganancias procedentes de delitos: artículo 127 del Código Penal”.

o defraudar las expectativas de unos y otros, en función de su concreto contenido final o de la motivación utilizada.

No se puede llegar a entender como una reforma en las normas penales puede contribuir a mejorar la previsibilidad de las resoluciones judiciales, pues es evidente que los Jueces y Magistrados se limitan a aplicar la normativa vigente en cada momento y, si se dice que en el presente las resoluciones judiciales son imprevisibles, también lo serían una vez la proyectada reforma entre en vigor. También se dice que la reforma proyectada contribuirá a que las resoluciones judiciales sean percibidas socialmente como justas.

En cuanto a modificaciones habidas, hablamos de la regulación de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, se suprimen las faltas como categoría penal, tiene lugar una revisión técnica del comiso. Así como también se produce la modificación de determinados delitos en la parte especial, como son los delitos contra la propiedad, administración desleal, propiedad industrial, atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios y detención ilegal.

También se introducen nuevas figuras delictivas, como son: el delito de matrimonio forzado, de hostigamiento y acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas y la manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas de seguridad.²

En cuanto al decomiso, antiguo comiso, la reforma de la LO 1/2015, de 22 de junio, considerada como una de las más importantes del Código Penal de 1995, introdujo algunas reformas, entre ellas, las penas pasan de ser accesorias a considerarse como “consecuencias accesorias”, lo que permitía a una mayor utilidad de esta figura. Cuando se entendían como “pena accesoria” era necesaria una sentencia condenatoria la cual acompañaba esa privación de bienes, pero la evolución delincencial con la que tuvieron lugar una variedad de formas de delincuencia vinculada a las nuevas formas de actuación en el ámbito político económico y otros factores, hicieron ver la necesidad de un cambio en la utilidad de “privar” y es que se pretendía que el CP hicieran mención expresa sobre

² Rodríguez, C. (2012), Pleno del consejo general del poder judicial, por el que se aprueba el informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

estas consecuencias accesorias cuya función o finalidad sería la de prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

Durante mucho tiempo ha coexistido una discrepancia en cuanto a la regulación del comiso, en cuanto al régimen general antes y después código de 1995, donde era posible encontrar referencias del comiso parte especial respecto a algunos delitos en concreto, de ahí que hubiese una distinción entre “comiso genérico” y “comiso específico”. El código del 95, hizo ciertos cambios para que esta figura diera solución a nuevas necesidades que surgieron ante las nuevas formas de delincuencia, ya no solo se trataba de decomisar las armas con las que se había cometido el delito si no de decomisar también las “ganancias del delito” o “sus transformaciones”, además de también se establecieron algunas excepciones y ciertos límites al comiso.

Se produjeron dos reformas hasta que se llegó a la actual regulación del decomiso, una fue en 2003 y otra en 2010. En cuanto a la primera, como modificación introducida se reconoció el poder decomisar los bienes, medios e instrumentos del delito utilizados en los actos preparatorios ampliándolo a la posibilidad de acordarlo por el valor equivalente cuando no fuera posible hacerlo de forma directa sobre lo que inicialmente decomisible. Además también se podrá acordar en los casos en que no se llegue a imponer una pena porque el sujeto esté exento de esta.

En cuanto a la segunda reforma, de adecuar la regulación del comiso a los preceptos internaciones en la materia. De esta se puede señalar la introducción de definiciones a nuestra normativa, con lo que dio lugar en 2015 a la sustitución del término “comiso” por el de “decomiso” y la ampliación de su potestad, dando lugar a que tuviera lugar el decomiso cuando se implantaran penas privativas de libertad superiores a un año por la comisión de un delito imprudente, esta fue la referencia expresa en cuanto a delitos cometidos en el seno de organizaciones³

En cuanto a las modificaciones en relación a los artículos 127, 128 y 129 del Código penal, que son los que nos atañen en referencia a las consecuencias accesorias, vamos a proceder a hacer una minuciosa comparativa en su redacción sobre las reformas

³ Bacigalupo, S. (2019), Manual de Introducción al Derecho Penal, pp. 253-260.

o modificaciones habidas en la LO 1/2015, 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del código penal.

En cuando al decomiso o incautación de los efectos y ganancias derivados del delito comenzaremos por el artículo 127.1 y es que la desaparición de las faltas del código penal con la LO 1/2015 es una de las modificaciones más destacada, ya que esta permitirá que los Juzgados no estén tan colapsados, como viene pasando en la actualidad con juicios por asuntos de escasa trascendencia. Aunque ello no quiere decir que esos pequeños asuntos vayan a quedarse impunes.

Volviendo a la comparativa de la redacción del anteproyecto de Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, del Consejo General del Poder Judicial artículo 127.1 al eliminar las faltas, en la actual redacción de este ya no se contemplan las faltas se hacía a semejanza de los delitos, sino que se contemplan meramente en su redacción los delitos. Algo que se ha eliminado del apartado 1 de este artículo es que antes tanto los instrumentos o medios eran decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

También se ha eliminado el precepto que contemplaba que el Juez o tribunal debía de ampliar el decomiso a efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo terrorista o delito de terrorismo.

En cuanto al artículo 127.3 ha sido reformado en tanto que procederá también el decomiso de bienes, efectos y ganancias aunque su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

Además se han eliminado los apartados 4 y 5 de este artículo en los cuales se venía a decir en resumen en el 127.4 que el juez o tribunal podrá determinar el comiso previsto aun cuando no se imponga pena por estar exento de responsabilidad penal o cuando esta se hubiese extinguido. Y en el artículo 127.5 que los bienes decomisados podrán ser vendidos si son de lícito comercio para cubrir la responsabilidad civil del penado y si la ley no prevé otra cosa.

Se ha introducido el artículo 127 bis el cual establece se le aplicara el decomiso de bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos contemplados en este artículo.

En este nuevo precepto añadido, se regula el decomiso ampliado en la línea de la normativa de la UE, se extiende esta figura a supuestos de actividades delictivas sostenidas en el tiempo de las que se pueden obtener importantes beneficios económicos. Además se establecen excepciones para evitar la vulneración de los principios *non bis in ídem* y de proporcionalidad.

Se ha añadido el artículo 127 ter por el que se establece el decomiso por parte del juez o tribunal sin sentencia condenatoria cuando la situación patrimonial ilícita quedé acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los supuestos contemplados en dicho artículo, además de introducirse normas procesales para su aplicación.

También se ha incluido el artículo 127 quáter en el que los jueces y tribunales podrán acordar el decomiso de bienes de terceros en los dos casos contemplados en el artículo, así como mejoras técnicas para incrementar la eficacia y seguridad jurídica.

El artículo 127 quiquies añadido igualmente en el que los jueces y tribunales acordaran el decomiso de bienes provenientes de actividad delictiva previa y continuada del condenado. Además se incluye una catalogación de indicios de actividad delictiva previa. Y se dispone que se entiende por actividad delictiva continuada.

Asimismo el artículo 127 sexies en el que se establecen presunciones de bienes providentes de actividades delictivas previas y continuadas. El artículo 127 septies que recoge que en el caso de que no se pueda llevar a cabo el decomiso por la razón que sea se podrá llevar a cabo el decomiso de bienes de origen lícito pertenecientes al responsable del hecho.

El artículo 128 que dice que no se podrá decretar el decomiso de los efectos o instrumentos que sean de lícito comercio y su valor no sea proporcional con la naturaleza o gravedad de la infracción penal.

En cuanto a las medidas que afectan a cualquier entidad o agrupación de personas que por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidas en el artículo 31 *bis* del código penal, siempre que el delito se haya cometido por medio de las mismas se ha modificado el artículo 129 apartados 1 y 2 al eliminar las faltas en su redacción como en el artículo 127.1 anteriormente mencionado.

Sobre la toma de muestras biológicas del condenado por determinados delitos, siempre que se den determinadas circunstancias, para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial se ha añadido un nuevo precepto, el artículo 129 bis, en el que se incorporan las previsiones del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual y la jurisprudencia del TEDH. Además también se introduce la regulación de la inclusión de perfiles genéticos de condenados en la base de datos de ADN, para lo que se requiere la comisión de un delito grave contra la vida, integridad física o libertad sexual y riesgo de la reiteración delictiva⁴

1.2. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias se apunta que dependerá de cuáles sean los criterios que sustenten la decisión judicial a este respecto, y especialmente de la consideración de la culpabilidad del sujeto, de manera que si se exige para su imposición una sentencia de culpabilidad, dichas consecuencias tendrán un marcado carácter pena.

Surge aquí la polémica sobre la naturaleza jurídica de las vigentes «consecuencias accesorias», preguntándonos si conservan su carácter de medidas de seguridad de carácter administrativo, si son medidas de seguridad penales, si constituyen nuevas penas o representan una institución penal *sui generis*.

Existe una gran variedad de opiniones, por una parte, se podrían considerar según la doctrina mayoritaria que defiende la pertenencia de las consecuencias accesorias al

⁴ Cuadro sinóptico y comparativo de la 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 (RCL 2015, 439).BOE 31 marzo 2015 núm. 77.

Derecho penal otorgándoles por tanto una naturaleza penal, considerándolas verdaderas penas; en cambio, hay quienes defienden su condición de medidas de seguridad y quienes afirman que son figuras sui generis.

Por otra parte, existe un sector doctrinal minoritario que sigue sosteniendo la naturaleza de medidas de naturaleza administrativa o civil que ya atribuyera a las que de forma aislada estaban previstas en algunos delitos del derogado Código penal. A favor de su consideración como penas se ha dicho, en primer lugar, que tales consecuencias accesorias tienen, al igual que el resto de las penas, un contenido deplorable que coincide, como algún autor ha puesto de manifiesto, con lo que en otras legislaciones de nuestro entorno son penas previstas para las personas jurídicas.

A ello se ha unido, en segundo término, la previsión que, de manera más o menos descuidada, se ha recogido en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas art. 262 CP, en el que se impone *«al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial»*, comprensiva, en todo caso, del derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años.

En tercer lugar, se ha argumentado también que estas circunstancias accesorias sólo pueden ser penas, en cuanto que no tienen capacidad ni entre las medidas de seguridad ni entre las medidas de carácter reparador ni tampoco entre las medidas administrativas sancionadoras. Lo primero, porque su consideración como medidas de seguridad obligaría a una redefinición del concepto de peligrosidad sobre el que éstas se fundan. Tampoco se admite su condición de medidas administrativas de carácter sancionador, dado que se regulan en el Código penal, se imponen como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo por Jueces y Tribunales penales. Es por ello que el sector doctrinar basándose en estas consideraciones defiende su condición de auténticas penas.

Los que equiparan las consecuencias accesorias a las medidas de seguridad penales se basan en dos apuntes: por un lado, la inviabilidad de que las personas jurídicas puedan cometer hechos delictivos, pues siguen defendiendo el principio *societas delinquere non potest*, y por otro, el contenido deplorable de dichas consecuencias que, indudablemente, las coloca dentro del ámbito de las reacciones penales frente al hecho

delictivo lo cierto es que si se sustenta la eficacia del citado principio *societas delinquere non potest*, la incapacidad de las personas jurídicas existe no sólo para ser sujeto de pena, sino también para ser sujeto de medidas de seguridad.

Ya que no es posible predicar una peligrosidad criminal de tales entes, si la premisa de la que se parte es su imposibilidad para cometer hechos delictivos. Algunos autores se refieren a ellas como «medidas de seguridad *sui generis*, en el sentido de que pretenden evitar las condiciones materiales que propician, permiten o encubren el delito cometido.

La dificultad de apreciar una peligrosidad criminal respecto de la persona jurídica, debido a su incapacidad de acción penal, es lo que ha llevado a algunos autores a sostener la naturaleza civil o administrativa de las consecuencias accesorias. Ahora sí, fundada en la peligrosidad objetiva que deriva de una mala organización de la propia persona jurídica.⁵

1.3. Consecuencias accesorias del delito en general

En cuanto a las consecuencias accesorias del delito podemos encontrar:

- El decomiso o incautación de los efectos y ganancias derivados del delito (artículos 127 y 128 CP)
- Medidas que afectan a cualquier entidad o agrupación de empresas que por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidas en el artículo 31 bis CP, siempre que el delito se haya cometido por medio de las mismas (artículo 129)
- La toma de muestras biológicas del condenado por determinados delitos, siempre que se den determinadas circunstancias, para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial (artículo 129 bis CP)

En primer lugar en cuanto al decomiso, podemos decir que es la aprehensión por parte de la autoridad competente de los bienes, productos o instrumentos con los que se

⁵ Morillas, L. (2015), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, “Consecuencias accesorias del delito”, pp.269- 307

Carrasco, M. (2006), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 118, “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, pp.139-169.

ha cometido un delito. Su objetivo principal es interrumpir la continuación de una actividad delictiva entre otros, digamos que puede ser usado como medida cautelar. Además el decomiso permite inmovilizar los elementos que ayudaran después en la investigación del delito y salvaguardar el bien jurídico protegido.

Nuestro ordenamiento jurídico regula diversos tipos de decomiso en función de sus efectos, extensión y objetivos. Este puede funcionar de manera autónoma o bien como consecuencia accesoria a una condena. En cuanto a los tipos, podemos encontrar:

-Decomiso directo, asociado a determinadas condenas penales, como son los correspondientes a delitos dolosos además de los correspondientes a delitos imprudentes cuyo castigo serán la privación de libertad por tiempo superior a un año.

-Decomiso por sustitución, permite hacer una sustitución en los bienes a decomisar cuando estos sean insuficientes, destruidos o imposible de localizar. Digamos que este decomiso funciona como un embargo.

-Decomiso ampliado, permite ordenar la decomisión de bienes y efectos cuyo origen lícito no resulte probado, este tendrá lugar cuando el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos contemplados por la decomisión directa, y que este delito haya sido cometido de forma continuada y además que exista suficientes indicios fundados de que parte del patrimonio del penado proceda de tal actividad delictiva continuada.

-Decomiso a terceros, este tendrá lugar cuando estos supieran o sospecharan que dichos bienes provenían de actividad ilícitas o supieran o sospecharan que se dificultaba su incautación mediante esta transferencia. Se considerará que el tercero conoció o sospechó del origen ilícito de los bienes cuando estos hubieran sido adquiridos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

En segundo lugar, en cuanto a las consecuencias accesorias en los delitos cometidos por empresas, entidades u organizaciones que por carecer de personalidad jurídica no estén comprendidas en el artículo 31 bis el juez o tribunal podrá imponer a estas una o varias consecuencias accesorias contempladas en el apartado 7 del artículo 33 del código penal, además de poderse acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, dichas consecuencias podrán aplicarse cuando se

trate de alguno de los delitos por los que el código permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En relación a tal artículo mencionado podemos encontrar las siguientes penas aplicables: multa por cuotas o proporcional, disolución de la personalidad jurídica, suspensión de sus actividades por un plazo no superior a 5 años, clausura de sus establecimientos por un plazo no superior a 5 años, prohibición de realizar en un futuro las actividades cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto del delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, por último la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un tiempo no superior a 5 años.

Por último, en cuanto a la toma de muestras biológicas del condenado para la obtención de identificadores de ADN, para la posterior inscripción en la base de datos policial, supone la intromisión al que es un derecho fundamental como es la intimidad, por ello el Tribunal Constitucional ha establecido unos requisitos necesarios para que tal consecuencia accesoria se ajuste a la Constitución Española, debe existir un fin legítimo, previsto por la ley. Además existe una lista de delitos en los que cabe acordar dicha medida, denominados, delitos graves como son: delitos contra la vida, la integridad, la libertad o indemnidad sexual o terrorismo.

Se reconoce además que en caso que el condenado se niegue a la recogida de dichas muestras, podrá el juez acordar la ejecución forzosa de estas medidas mediante las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, siempre siendo estas proporcionales a las circunstancias y respetuosas con la dignidad del afectado.⁶

⁶ Bacigalupo, S. (2019), Manual de Introducción al Derecho Penal, pp. 253-260.

Morillas, L. (2015), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, “Consecuencias accesorias del delito”, pp.269- 307

2.TOMA DE MUESTRAS BIOLOGICAS: EL NUEVO ARTÍCULO 129 BIS

2.1.Introducción

Con la posibilidad del cotejo del perfil genético como medio de identificación las técnicas de investigación y averiguación de delitos experimentaron una revolución radical, desde entonces el perfil genético del sospechoso ha servido para resolver grandes casos de delitos sexuales, violaciones o asesinatos hasta entonces archivados por falta de autor conocido, pero también ha servido para exculpar a quienes estaban cumpliendo condena por un delito ajeno.

En España la utilización de técnicas de análisis y cotejo del ADN para las investigaciones policiales recibieron respaldo legislativo en el año 2003, cuando mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se previeron en los arts. 326 y 363 Ley Enjuiciamiento Criminal, respectivamente, la recogida de los restos de carácter biológico que pudieran ser encontrados en la escena del delito a efectos de identificación del responsable, así como la posibilidad de que el juez acuerde la obtención de muestras de ADN del sospechoso a fin de confrontarlas con las anteriores, dubitadas.

La reforma del Código penal de la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce una novedad muy significativa, pero que quizás ha pasado un poco desapercibida debido a la amplitud y la trascendencia de todas las modificaciones llevadas a cabo. Se trata de la posibilidad de registrar perfiles genéticos de procesados por delitos graves en la base policial de datos de ADN.

Esta Base de Datos Policial de Identificadores Obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, tiene afiliados los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que guardan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN en el marco de las investigaciones criminales. Esto la transforma en una herramienta muy efectiva en la averiguación de hechos delictivos, ya que vincula a personas —presuntos autores— con hechos delictivos, y exime a otras —inocentes— de su participación. Además es muy útil en las investigaciones de identificación de cadáveres y restos humanos, y en el rastreo de personas desaparecidas, mediante el cotejo

con los perfiles genéticos obtenidos de las muestras biológicas aportadas voluntariamente por los familiares de las personas desaparecidas.

2.2. Antecedentes

Entre los acontecimientos de mayor trascendencia en relación a las bases de datos de uso policial, a lo largo de los años debemos resaltar que en 1992 fue la primera vez que se planteó la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal y al año siguiente tuvo lugar la primera base de datos en policía nacional, aunque solo para los casos de agresiones sexuales.

En el año 1999 se unen numerosos países a la creación de las bases de datos y además la guardia civil también comienza a crear su base de datos. En el año 2000 CODIS es instalado en la Comisaría General de la Policía Científica y en la Secretaría de Estado de Seguridad. En el año 2005 se firma el Tratado de Prüm: relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal.

En el año 2007 tiene lugar la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que dependerá del Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad (SES).

En el año 2008 tiene lugar la Comisión Nacional para el uso del ADN forense. En el año 2011 Mossos d'Esquadra, Ertzaintza, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y Policía Foral se integran en CODIS.⁷

2.3. Perfiles en la base de datos

Los perfiles en CODIS son «clasificados» por las llamadas «Specimen Categories». CODIS trae por defecto definidas unas Specimen Categories y siempre que coincidan con nuestra clasificación, usamos dichas Specimens Categories ya definidas en

⁷ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que regula la creación y utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que el ADN puede ofrecer a nivel de identificación personal

CODIS. Las Specimen Categories son siempre asociadas a unos índices (la misma specimen category puede competir a varios índices a la vez).

El software CODIS, que soporta la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, no recoge ningún dato personal y los perfiles son guardados con un único código identificador. No obstante lo anterior, la nomenclatura para el código identificador, diseñada por COMSIGENI, permite asociar los perfiles genéticos por hechos delictivos, algunos de ellos son robo con violencia, terrorismo, atentado, amenazas, tráfico de armas, homicidio, lesiones, tortura, violencia de género entre otras muchas más.

La Ley Orgánica 10/2007 también ha creado una base de datos para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.⁸

2.4. Borrado o cancelación de perfiles genéticos de la base de datos

El artículo 9 de la L.O. 10/2007 fija los límites para la subsistencia de los perfiles genéticos en la base de datos. Probablemente la base de datos contenga perfiles genéticos que ya no debieran formar parte de la base de datos, es el laboratorio/ institución que lo registró, el encargado de proceder con el borrado o cancelación del perfil cuando se den las circunstancias adecuadas.

Las principales causas de dicho borrado son:

- Por el ejercicio individual de los derechos de cancelación, rectificación y acceso del artículo 9 de la L.O. 10/2007.
- Por la cancelación de antecedentes policiales solicitada por el interesado.
- Por orden/comunicación de la Autoridad Judicial.
- Por fallecimiento de una persona de la que se tenía perfil genético registrado.
- Por haber dejado de tener interés por los motivos para los que fueron obtenidos⁹

⁸ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que regula la creación y utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que el ADN puede ofrecer a nivel de identificación personal

⁹ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que regula la creación y utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que el ADN puede ofrecer a nivel de identificación personal

La STS 1758/2020, del Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 1 de junio de 2020, habla exactamente de esto, en concreto del ejercicio individual del derecho de cancelación de un perfil genético.

Tenemos al recurrente de esta parte, Don Nazarío, que años atrás comete un delito de difusión de pornografía infantil, es condenado por tal delito, una vez cumplida la pena, este solicita la cancelación del perfil genético de la base de datos se le es denegada amparándose la ley al artículo 10.b) del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales (RD1110), que dispone que cuando la víctima del delito sea menor de edad la cancelación se realizará cuando haya transcurrido el plazo de treinta años, a contar desde el día en que se considera cumplida la pena de conformidad con el artículo 136 del Código Penal sin haber vuelto a delinquir.

Este interpone un recurso de casación impugnando la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2019, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo 1013/2016, deducido frente a la resolución de 24 de noviembre de 2016 (confirmada en reposición por la de 2 de enero de 2017) de la Secretaría de Estado de Justicia (por delegación del Ministro), que denegó la cancelación de datos inscritos en el Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS), solicitada por el recurrente, aunque obviamente cuando el recurrente solicita la cancelación de sus datos *es evidente que no han transcurrido el plazo marcado legalmente de 30 años y que viene impuesto por el hecho de que las víctimas del delito por el que fue condenado eran menores de edad, aun así la representación del recurrente considera que han resultado infringidos, por la sentencia impugnada, las siguientes normas: se considera que se infringe el artículo 192.3 del CP que ya contiene una pena específica de inhabilitación especial en determinados casos y circunstancias, por lo que el artículo 13.5 del RD1110 restringe derechos (desarrollo de determinadas profesiones) en contra de lo establecido en la norma con rango de ley y deja sin efectividad práctica el citado artículo del CP, tratándose, en realidad de una nueva pena "tácita" que no se plasma en la sentencia penal sino que deriva de la cuestionada norma reglamentaria.*

Artículo 25.1 y 2 de la Constitución, en relación con el artículo 3.1 del CP que reconoce el principio de legalidad y el principio de reinserción, por cuanto la anotación en el Registro Central de Delitos Sexuales (RCDS) ha llevado consigo, implícitamente, la imposición de una pena de inhabilitación especial para acceder al empleo público que el recurrente desempeñaba como maestro, sin haber sido condenado a dicha pena. Apela al contenido del Informe que, sobre el proyecto del Real Decreto, emitiera el Consejo General del Poder Judicial, y recuerda que, cumplida la pena impuesta, se encuentra estigmatizado y sin posibilidad de reinserción social, como proclama el artículo 25.2 de la Constitución.

Desde otra perspectiva, el ya citado artículo 9.3 de la Constitución que reconoce el principio de irretroactividad en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, que también se infringe junto con el principio de seguridad jurídica en relación con la Disposición Adicional Tercera del RD1110; en concreto, señala que los antecedentes penales del recurrente deberían haberse cancelado en fecha de 3 de febrero de 2016 ---con anterioridad, pues, a la entrada en vigor del RD1110, que tuvo lugar en fecha de 1 de marzo de 2016---, suponiendo ello la vulneración del citado principio de irretroactividad y del de seguridad jurídica al resultar condenado nuevamente una vez cumplida la pena y durante un período de treinta años.

Por último, el recurrente considera producida la infracción de la jurisprudencia en relación con la improcedente inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales de los antecedentes penales del recurrente, los cuales son susceptibles de cancelación en el RCDS a la fecha de entrada en vigor del RD1110. Entiende que la sentencia impugnada debió haber velado porque la normativa reglamentaria no produjera una situación injustificadamente gravosa para el recurrente, citando al respecto la STS de 24 de junio de 2016, que desarrolla la aplicación del principio de proporcionalidad que proyecta sobre la duración del período de treinta años para la cancelación de los antecedentes, plazo que no se contenía en el proyecto del RD1110, y sobre el que no hubo informe alguno.

Por todo ello considera que, consecuentemente, no cabe la aplicación retroactiva del RCDS, ya que su aplicación es desfavorable y afecta a situaciones ya consolidadas

(la cancelación de los antecedentes penales por disposición legal), restringiendo derechos individuales.

La Administración General del Estado recurrida se opone al recurso de casación recordando que el RCDS, y el RD1110, tienen su amparo legal en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y rechazando e impugnando las anteriores normas citadas.

Pero aun así el juez resuelve estimando el recurso de casación 3836/2019 interpuesto por don Nazario , contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2019, en la que se le reconoce a don Nazario el derecho a que se cancele la inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales del delito de utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines pornográficos, previstos en el artículo 189.1.a del Código Penal, al que fue condenado por sentencia firme en 2011 por la Audiencia Provincial de Sevilla, puesto que la pena se cumplió en 2014 y que a transcurrido el tiempo establecido en su momento, es por ello que procede el derecho de cancelación del perfil genético inscrito en la base de datos policial¹⁰

2.5. El ADN como fuente de prueba pericial en el proceso penal.

La primera vez que se utilizó en un proceso penal un análisis de ADN para identificar al autor de un crimen fue en Reino Unido en 1986, en el caso Quenn vs Pitchfork comúnmente conocido como “Enderby”, lugar donde tuvieron lugar los hechos.

La aplicación de esta técnica permitió exculpar al principal sospechoso; un joven de 17 años que sufría un trastorno mental y que debido a las presiones sufridas durante el interrogatorio, confesó ser el culpable de los crímenes (la violación de dos niñas de 15 años y el asesinato de una de ellas, aunque habían sido asesinadas las dos)

Fue gracias a la genetista Jeffreys que comparó las muestras de semen de ambos asesinatos con la sangre del joven, demostrando que las dos niñas habían sido violadas y asesinadas por un mismo hombre, no siendo este el responsable.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia 1758/2020 de 1 de julio.

Meses más tarde, el ADN y la imprudencia de un amigo del autor de los hechos, permitieron resolver el caso. Al parecer la policía, en el curso de la investigación, había solicitado a todos los hombres del pueblo donde tuvieron lugar los hechos que de forma voluntaria proporcionaran muestras de sangre o saliva, aunque no consiguió ningún positivo, pero fue entonces cuando se escuchó en el pueblo a un joven alardeando de haber conseguido una gran cantidad de dinero por hacerse pasar por un amigo. Finalmente la policía consiguió dar con este sujeto y tras practicarle un análisis de ADN, el cual dio positivo y tras su confesión, se demostró su culpabilidad.

Tras este caso el cual tuvo una gran trascendencia por entonces, fue cuando se consideró por primera vez el ADN en el marco de un proceso penal, como fuente de una prueba pericial científica. El uso de este método permite comparar el resultado de los análisis de la muestra biológica obtenida en el lugar del crimen (muestra dubitada) con el resultado de los análisis de la obtenida de una persona determinada: el sospechoso (muestra indubitada).

Aunque no por ello, debemos pensar que en caso de que la comparación entre dos muestras diera un resultado positivo, una sentencia condenatoria pudiera basarse únicamente en esta comparación, porque el ADN por si solo no puede, en ningún caso, destruir la presunción de inocencia. Prueba de ello es el famoso “caso Angie”, una joven condenada por la audiencia de Barcelona a 22 años de cárcel por asesinar a su compañera de trabajo y suplantar su personalidad para cobrar un seguro de vida, dejando en el cuerpo de la víctima semen de dos hombres que se dedicaban a la prostitución para simular un móvil sexual.

Con esto queremos decir que aunque a las pruebas científicas en general y al análisis de ADN en concreto, las rodea una especie de expectativa de garantía, también hay que tener en cuenta otras variables a la hora de valorar los resultados obtenidos, ya que nos podemos encontrar con delincuentes especialmente cuidadosos y maquiavélicos, como es en este caso, Angie preparó cuidadosamente la escena del crimen para tratar de despistar a los investigadores simulando un crimen por móvil sexual, es por lo que estos resultados serán probabilísticos y su fiabilidad dependerá de la correcta recogida y

conservación de los restos biológicos a analizar así como la correcta realización del análisis.

Las pruebas periciales científicas deben realizarse en el acto el juicio oral, ya que su fin es convencer al juez de la veracidad de unos hechos, con independencia de que en la fase de instrucción del caso se hubieran llevado a cabo estos actos de investigación, actos que por otra parte se limitan a comprobar un hecho de forma abstracta. En general las pruebas se producen en un momento especial del juicio denominado apertura de pruebas. Sin embargo puede ocurrir que dichas pruebas puedan perderse, obstruirse o desaparecer o que los posibles testigos desaparezcan, es por ello que las pruebas deben quedar “preconstituidas” para así quedar acreditadas antes de iniciarse la causa. El artículo 425 del Código Procesal español en materia penal en su inciso 2 hace una referencia a la prueba preconstituida que debe ser valorada entre otras, por el Tribunal Penal Superior.

Aquí es cuando surge un problema y es el referente a como garantizar el principio de contradicción que informa el proceso penal. Para solucionar este asunto debemos partir de una diferenciación previa y es que no es lo mismo el análisis científico de la muestra de ADN, que el informe que refleja las conclusiones a las que se llega tras el análisis del perito, denominado informe pericial. Mientras que el análisis de ADN no puede presentarse al juicio oral tal que así, el informe pericial presentado por el perito que corrobore, alegue y defienda dichas conclusiones, garantizarán el principio de contradicción. Esto no será así si las pruebas las presentaran profesionales pertenecientes a organismos oficiales, otorgando a los informes por ellos realizados la naturaleza de prueba documental. Un ejemplo de ello sería un informe de un laboratorio de estupefacientes.

La última evolución jurisprudencial se sitúa en el punto de intermedio entre estos dos, al considerar que dicho medio de prueba habrá de practicarse en el juicio oral cuando la defensa haya impugnado el informe presentado como prueba o cuando se solicitase de forma expresa la presencia de peritos en el acto del juicio.

En cuanto a la valoración de las pruebas por parte del juez, se regirá de igual forma que en toda prueba en el proceso penal, el criterio de libre valoración o de valoración según el artículo 741 de la LECrim.

Dada la importancia del proceso a seguir hasta obtener los resultados de la comparación, analizaremos de manera concisa cada paso a dar en este, así como los problemas que a su vez van surgiendo.¹¹

2.5.1.Toma de muestras biológicas en el lugar del crimen

Debemos de tener en cuenta dos artículos muy importantes de los que vamos a partir, estos son los artículos 326 y 282 de la LECrim, los cuales nos vienen a decir, por un lado el artículo 326 dice que en caso de que existan huellas o vestigios que pudieran contribuir con el esclarecimiento de los hechos, se procederá a tomar las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de estas muestras; por otro lado el artículo 282 viene a decir que la policía está obligada a recoger todos los efectos, objetos, instrumentos o pruebas del delito cuando existiese peligro de que desaparezcan, poniendo estos a disposición de la autoridad judicial.

De estos artículos se deduce que no es necesaria la intervención judicial en la recogida de restos biológicos en el lugar de los hechos, es decir, la presencia del juez en el lugar de los hechos no es preceptiva. Lo que si es necesaria es su orden para ello, que no autorización, salvo en casos de urgencia que se pueda vaticinar que las muestras podrían desaparecer o contaminarse, entonces serán recogidas por la policía judicial y posteriormente se informará a la autoridad judicial competente.

Suponemos que no se menciona la necesidad de una orden judicial porque se es consciente de la realidad de la sobrecarga de los juzgados, así pues en conformidad con la aplicación del mencionado artículo 326, puesto que es casi imposible y muy difícil que el juez de instrucción pueda personarse en los escenarios de los posibles crímenes que

¹¹ Dolz, MJ, (2016), *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia*
Acón, I, (2014), *La toma de muestras de ADN y la pervivencia de la base de datos*
Martín, A. (2014), *Recogida de muestras biológicas para la obtención de un perfil ADN, desde la perspectiva policial.*

puedan acontecer, se delega en la policía judicial y médicos forenses estas funciones de recogida de muestras, objetos, instrumentos...

Aunque aquí encontramos una excepción y es que en caso de estar ante un delito grave que afecte a la vida, libertad, la indemnidad, la libertad sexual, integridad de las personas o el patrimonio, en estos casos la policía judicial procederá a la toma de muestras del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar de los hechos sin necesidad de intervención judicial ninguna, así lo dispone la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007 de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.¹²

2.5.2. La toma de muestras del cuerpo de la víctima.

En lo que respecta a la recogida de muestras del cuerpo de la víctima, debemos diferenciar los casos en los que la víctima haya fallecido y los casos en los que no.

En el caso de que la víctima haya fallecido, será el médico forense competente el encargado de recoger los restos biológicos. En caso de urgencia que no medie el médico forense, en virtud del mencionado artículo 282 será la policía judicial la encargada de esta labor de recogida, siempre y cuando estemos hablando de vestigios externos que corran peligro de perderse o contaminarse, no será así si hablamos de vestigios internos del cuerpo de la víctima, ya que estos deberán de ser recogidos en el momento de practicarse la autopsia a esta.

En el caso de que la víctima estuviera viva, es más complicado ya que habrá que atender a las circunstancias que puedan darse en cada caso concreto para saber cuál es la mejor forma de proceder, es decir, no hay un procedimiento determinado.

¹² Dolz, MJ, (2016), *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia.*

Acón, I, (2014), *La toma de muestras de ADN y la pervivencia de la base de datos*

Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que regula la creación y utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que el ADN puede ofrecer a nivel de identificación personal

-Martín, A. (2014), *Recogida de muestras biológicas para la obtención de un perfil ADN, desde la perspectiva policial.*

Pero para todos los casos, el problema más común aquí es la posibilidad de contaminación de los restos o muestras, por ello para evitar dicho problema se ha de tener especial cuidado durante la recogida, debiéndose seguir los protocolos previstos y manteniendo la cadena de custodia.

Estas recomendaciones generales que han de seguirse para la recogida de cualquier tipo de muestras biológicas se recogen en el artículo 29 de la orden ministerial dictada en 2010. La fiabilidad de las muestras dependerá de esta cadena de custodia de la que hablamos, la cual permite tu correcta conservación para así garantizar posteriormente la admisibilidad procesal del resultado.

Para que no se ponga en duda la autenticidad e integridad de los resultados o una posible contaminación, alteración incluso una sustitución, se documenta toda la historia cronológica de la muestra, así como la o las personas que han estado en contacto con ella.

La sentencia 5117/2015 del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de Madrid resuelve el caso gracias a la toma de muestras biológicas de la víctima, a un cigarro del autor del delito recogido en el lugar de los hechos y gracias también a la base de datos policial.

Los hechos fueron los siguientes: *el día 28 de Septiembre de 2011, Arturo , hombre de raza negra, de 24 años de edad y sin antecedentes penales, se acercó, en las inmediaciones de un callejón sin iluminación, donde crecían hierbajos, zarzas y ortigas, al que se accedía desde la Calle Vázquez de Parga de Carballo y que por la derecha, entrando desde la indicada calle Vázquez de Parga, limitaba con una panadería y una tienda de material eléctrico, a Rosario , de 39 años de edad, pidiéndole un cigarrillo y repentinamente la agarró con fuerza por el cuello, le tapó la boca y la arrastró hasta el indicado callejón, donde la tiró al suelo y, mientras le decía: "calla, calla que te mato", le quitó al menos parcialmente el pantalón y la braga que vestía, para acto seguido echarse encima y realizar un coito vaginal, eyaculando en el interior de la vagina, pese a la fuerte oposición física de la mujer.*

Los gritos que durante tales hechos profirió Rosario y sus sollozos fueron oídos por una mujer no identificada quien avisó a dos hombres que se acercaron al callejón con precaución, pudiendo advertir como un joven de raza negra salía corriendo y colocándose la ropa, sin que pudieran verlo bien, ni detenerlo.

La Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, *condenó a Arturo , como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual con acceso carnal (violación), a las penas de siete años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito y diez días de localización permanente por la falta y a que indemnice a Rosario en las sumas de 400 euros por los días que tardó en curar sus heridas y 24.000 euros por daño moral y al SERGAS en la suma de 340,46 euros, así como al pago de las costas procesales.*

Pero la representación legal del recurrente Arturo, presentó un recurso de casación alegando los siguientes motivos:

-El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho fundamental a la intimidad y a un proceso con todas las garantías de los arts. 18 y 24 de la CE, con la consiguiente nulidad de la prueba de ADN incorporada a la causa.

-El segundo motivo se formaliza, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. En él se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia.

-El motivo cuarto -el tercero ha sido renunciado- atribuye a la sentencia de instancia, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, error de derecho, aplicación indebida del art. 617.1 del CP .

En resumidas cuentas, esta sentencia nos viene a decir que aunque en un principio la representación de Faustino alegó razones de peso como que se le tomó una muestra biológica sin su consentimiento mediante frotis bucal y sin autorización judicial, además de no informarle de las consecuencias de la aceptación de la actuación de los agentes ni tampoco de la negativa a someterse a ella. Así como tampoco tuvo lugar la asistencia letrada en el acto.

Por todo esto la causa quedó nula y desestimada ya que incumplía todas las premisas requeridas, pero el caso fue más allá y no se archivó y puesto que se trataba de un delito grave en el que además se infligió una gran violencia sobre la víctima y gracias

a la colilla encontrada y recogida por la policía judicial en el lugar de los hechos además de las muestras de restos biológicos en la víctima, pudo imputársele tal delito a Faustino pese a lo alegado, aunque esto fue años después, cuando a este por un delito de robo con violencia se le toma una muestra biológica, esta vez con su consentimiento y de manera permitida y legal y es gracias a la base de datos policial lo que hace que se le pudiera imputar tal delito.¹³

2.5.3. Toma de muestras biológicas del sospechoso

La técnica del análisis de ADN tiene dos funciones, por un lado la identificación de cadáveres y por otro lado la comparación de muestras dubitadas e indubitadas con el fin de acreditar la participación en un delito o al menos la presencia de una persona en el lugar de los hechos. Es preciso señalar que no es necesario ser investigado / imputado para poder ser sujeto pasivo de esta práctica. Sino que simplemente sería lo que la ley califica como posible sospechoso relacionado de forma directa o indirecta con el delito.

Podemos distinguir entre dos situaciones: que la muestra se tome directamente del cuerpo del sujeto o que se obtenga de un resto biológico abandonado directamente por aquel, lo que se denomina, “toma subrepticia”.

En la primera de las situaciones, al ser necesaria una intervención corporal del sospechoso, este habrá de prestar su consentimiento, en caso de no hacerlo, deberá mediar autorización judicial. En este caso tendrá lugar la recogida de muestra indubitada sin más trámites, debemos hacer un apunte y es que encontrándose el sujeto detenido, será preceptiva la asistencia letrada en el momento de dar consentimiento, en caso de no haber detención la asistencia letrada no será preceptiva.

Según el Tribunal Supremo, ello es consecuencia del “*significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías* (artículos 17.3 y 24.2 CE), y se desprende del artículo 767 LECrim, que establece que “*desde la detención será necesaria la asistencia letrada*”.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal). Sentencia 5117/2015

Tras la reforma de la LO 13/2015, de 5 de Octubre, el artículo 520.6 c) prevé, entre las funciones a desempeñar por la asistencia letrada se incluye la de *“informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten”*.

Por el contrario en el caso en el que el sospechoso se niegue a dar su consentimiento para la toma de muestras biológicas, ha de mediar autorización judicial para llevar a cabo esta, así lo dispone la DA 3ª de la LO 10/ 2007 y el artículo 363 II LECrim. Digamos que se exige intervención judicial previa porque afecta al derecho a la intimidad, así como también puede afectar al derecho a la integridad física, cuando se trata de intervenciones corporales distintas a la toma de saliva, aunque no es lo común.

Ambos derechos fundamentales reconocidos en los artículos 18 y 15 de la CE, aunque estos pueden verse limitados en beneficio de un interés general vinculado a la persecución de un delito grave. Cosa que no ocurriría por ejemplo con el derecho a la vida, ya que este no puede limitarse ni ponerse en riesgo en ningún momento de ninguna manera.

Por otra parte debemos de aclarar que la autorización judicial no permite que se pueda práctica dicha intervención al sospechoso ni que este vaya a prestar su consentimiento para ello. Pero el artículo 129 del CP junto con el artículo 520 LECrim dan una solución a la negativa del sospechoso a que se obtenga de su cuerpo la muestra necesaria para poder realizar el análisis y es que el juez de instrucción podrá ordenar la ejecución forzosa de tal diligencia *“mediante el recurso a las medias coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán de ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”*

Pero como ya hemos dicho en caso de negarse el sospechoso a colaborar, no puede tomarse tal muestra ya que la autorización judicial no autoriza a llevar a cabo actos de compulsión sobre las personas. Siendo esto así, se le daría un valor mayor a la negativa del sujeto, de forma que, por si sola, no podría destruir la presunción de inocencia, pero unida a otros indicios o pruebas si que podría desbaratar tal presunción. Además esta negativa supondría la comisión de un delito de desobediencia.

A modo de conclusión de estos últimos tres apartados debemos de tener claras ciertas cosas y es que esta práctica consiste en la comparación entre una muestra dubitada, que por lo general se habrá obtenido de la víctima o del lugar de los hechos, con una muestra dubitada, que deberá pertenecer al presunto autor de los hechos delictivos que se investigan. En el caso de la comparación de ambas muestras sean positivas, se entiende que la identificación de la persona a quien corresponda el ADN tendrá una certeza casi del 100%, aunque esto no significa que se le pueda imputar sin más la autoría o la participación de los hechos ya que hay que recordar que esta práctica es un método de identificación y averiguación en el marco de una investigación.¹⁴

En cuanto a la cobertura jurídica que respalda esta prueba, tenemos por un lado la reforma operada por la Disposición Final Primera de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, del Código Penal, dando una nueva redacción a los artículos 326.3º y 363.2º de la LECrim, dando cierto amparo a la toma de muestras de ADN a partir de muestras biológicas que provienen de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de tal forma que esos perfiles puedan ser incorporados a una base de datos para su posterior empleo en la investigación. Por otro lado y complementando la reforma anterior, incorporamos el texto de la Disposición Adicional Tercera (Obtención de muestras) de la ya mentada L.O. 10/2007, cuando dice: *“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 requieren inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial*¹⁵

En primer lugar en cuanto a la necesidad o no de autorización judicial la ley establece que a cualquier individuo se le puede tomar una muestra siendo sospechoso,

¹⁴ Barrio, P.A. (2019), *Genética Forense: Del laboratorio a los tribunales*. Pp.205 – 208

¹⁵ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, artículo 3

Dolz, MJ, (2016), *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia*.

-Martín, A. (2014), *Recogida de muestras biológicas para la obtención de un perfil ADN, desde la perspectiva policial*.

detenido o imputado y precisa que cuando éstos expresen su negativa a someterse a este tipo de pruebas, será necesaria una autorización judicial.

EL artículo 363, párrafo 2.^a, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, a cuyo el cual dice : *“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”*.

Aunque hoy en día se puede obtener el ADN de cualquier individuo sin que se de cuenta simplemente con un seguimiento o descuido de su parte y es esta práctica precisamente la que puede llegar traer problemas.

En segundo lugar en cuando al consentimiento, podemos diferenciar entre: información sin consentimiento, consentimiento sin información y consentimiento informado, el artículo 3.1 de la LO 10/2007 desecha el consentimiento del afectado para la inscripción de su perfil genético en la base policial de ADN, en los supuestos regulados en el mismo, si bien establece la obligación de advertir de los derechos relacionados con el tratamiento del perfil como dato personal.

El apartado 2 del artículo 3, relativo a la inscripción consentida por el afectado, prescinde cualquier referencia a la información relativa al uso y abandono del perfil y los derechos de acceso, cancelación y rectificación. Parece inconcebible, pero formalmente estamos ante un consentimiento sin información. Una redacción concienzuda y congruente hubiera situado el precepto definidor del deber de información en un apartado 3, del artículo 3, proyectado sobre los dos apartados precedentes que diferencian la inscripción obligada y la inscripción consentida. Por otro lado, la necesidad de consentimiento del individuo sospechoso, investigado o detenido para la recogida de una muestra biológica indubitada se dispone tácitamente en la DA Tercera, al requerir autorización judicial para dicha obtención cuando la persona afectada no presta su consentimiento. Sin embargo, aquí tampoco manifiesta la Ley ningún contenido informativo que deba ofrecerse al sujeto requerido para facilitar su muestra biológica.

Partiendo de que la toma de muestras solo se justifica por la necesidad de la investigación del delito concreto, la información que ha de facilitarse debería competir a las consecuencias inculpatorias o exculpatorias de su resultado en el proceso.

A la hora de tratar la problemática del consentimiento y la información precedente al mismo, la vinculó indistintamente a la toma de muestras indubitadas y a la inscripción del perfil genético resultante. Por ello es que se elaboró un formulario para la toma de muestras de detenidos e imputados en un hecho delictivo. Dicho formulario pretende suplir las lagunas legislativas y responder a las exigencias de un verdadero consentimiento informado.

En último lugar, en cuanto a la asistencia letrada en el acto de toma de muestras biológicas como exigencia para conformar un consentimiento informado, podemos decir que la aplicación práctica de la LO 10/2007 puso de manifiesto que el único momento en que se podía facilitar la información exigida por el artículo 3.1 al sospechoso, imputado o detenido era el de la obtención de muestras biológicas indubitadas, aunque en este momento la inscripción aún no se haya practicado, pues antes ha de efectuarse el análisis de ADN para obtener el perfil inscribible. Puede ser, incluso, que no llegue a ultimarse la inscripción. La CNUFADN precisó esta práctica con el citado formulario de consentimiento informado, admitiendo como obligada la asistencia letrada a sujetos imputados y detenidos.

Aunque se contemplaban varias posiciones el TS determinó la exigencia de asistencia legal en Acuerdo plenario no jurisdiccional de 24 de septiembre de 2014¹⁶, a cuyo tenor: *“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, 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*

¹⁶ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24-09-2014, sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN

-Castillo, I. (2020), *Consentimiento para la toma de muestras biológicas*.

conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos durante la fase de instrucción del proceso”.

El apartado 6 del artículo 520 LECrim, al definir el contenido de la “*asistencia del abogado*”, dispone en su letra c): “*Informar al detenido 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 bucal 24, 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*

2.5.4. Conservación y uso de los resultados obtenidos

Tras los análisis de ADN de las muestras indubitadas, los resultados obtenidos serán inscritos en una base de datos policial, con el fin de que puedan ser utilizados en investigaciones futuras, en procedimientos de identificación de restos cadavéricos o averiguación de personas desaparecidas.

Para dicha inscripción no será necesaria que el afectado haya prestado su consentimiento aunque sí que deberá de ser informado de los derechos que le asisten en virtud de la LO de Protección de Datos de Carácter Personal.

Solo podrán ser inscritos los datos obtenidos a partir del análisis de muestras biológicas cuando se trate de delitos graves como son los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o libertad sexual entre otros. Por otro lado solo se permite el análisis del ADN relativos a la identidad y sexo del sujeto, siempre que estos datos se hayan obtenido del análisis del ADN nuclear y no mitocondrial.

En cuanto a la limitación, solo tendrán acceso a estos datos las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por las Autoridades Judiciales y Fiscales.

Tras la última reforma del Código Penal el artículo 129 bis prevé la posibilidad de que se tome una muestra biológica de una persona ya condenada, para su posterior análisis e inscripción de los identificadores de ADN obtenidos en la base de datos policial nombrada, cuando se trate de un delito grave y siempre que exista un peligro de reincidencia reprensible.

Sobre la conservación de los datos en dicha base de datos no será sine die, la misma ley 10/2007 establece un tiempo de para ello, el artículo 9.1 dispone que dicha información se borrará transcurrido el tiempo establecido en la ley para la prescripción del delito; o el previsto para la cancelación de antecedentes penales.¹⁷

3.PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 129 BIS

3.1. Posible uso de la fuerza

Cuando tiene lugar un hecho delictivo, lo primero de todo es determinar o averiguar quién o quiénes son los responsables, para que tenga lugar la fase de instrucción penal. Pero si se diera el caso de que fuese imposible su identificación, no podría juzgarse el hecho delictivo cometido y quedaría sin castigo.

Pues bien los avances tecnológicos y científicos son de gran ayuda cuando tienen lugar la imposibilidad de identificar a los posibles responsables de un hecho punible. Para ello son de gran utilidad el cotejo de huellas dactilares, análisis de sangre, muestras biológicas para la comparación de perfiles...

Hay que tener un especial cuidado a la hora de acusar a una persona como supuesto responsable y es que debe de haber suficientes pruebas o indicios refutables para poder hacerlo, ya que toda persona mientras no se demuestre lo contrario es inocente, es lo que se conoce como, la presunción de inocencia. Hay que respetar los derechos que como personas o acusados.

¹⁷ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que regula la creación y utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que el ADN puede ofrecer a nivel de identificación personal

Es por ello que hay que encontrar un equilibrio entre el correcto aprovechamiento de los modernos instrumentos de identificación del imputado que sirven y se utilizan para conseguir una mejor efectividad en la justicia.

Hasta la fecha la toma coactivas de muestras no estaba regulada, solo se limitaba a señalar las posibles consecuencias que podrían tener lugar en caso de negarse a colaborar con la administración de justicia.

Pero por primera vez, en las últimas reformas penales se han introducido el uso de la fuerza física para la obtención coactiva de las muestras de ADN a fines del proceso penal, así lo recoge el artículo 129 bis del Código Penal y el artículo 520.6 c) de la LEC, dirigido todo ello a su inscripción en la base de datos policial regulada por LO 10/2017, de 8 de octubre.

Esta obtención forzosa de muestras se ha llevado en numerosas ocasiones ante los Tribunales de lo penal en relación a los imputados o acusados dentro de la fase de investigación del delito y continuamente ha sido impugnada precisamente por no existir una previsión legal que consienta el uso coercitivo de la fuerza para tomar esas muestras, situación, respecto a los investigados, que se prevé será regulada en una próxima reforma de la LECrim sobre el fortalecimiento de las garantías procesales, hoy en un avanzado proceso legislativo.

La toma de muestras biológicas podrán ser acordadas por el juez o tribunal, en caso que se aprecie un riesgo o amenaza relevante de reiteración delictiva y ese peligro de comisión de nuevos delitos por el penado no es más que un pronóstico fundado.¹⁸ Por un lado el artículo 129 bis recoge que *“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*

¹⁸ Muñoz Cuesta, J. Fiscal del Tribunal Supremo (2015) *“Ejecución forzosa en la obtención de muestras para hallar el ADN de condenados”*

Rodríguez, M.V. (2015), *La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa*
Martín, A. (2014), *Recogida de muestras biológicas para la obtención de un perfil ADN, desde la perspectiva policial.*

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”

Por otro lado el artículo 520 de la LEC autoriza en los casos en que el detenido no colabore con la toma de las muestras salivares, a que el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad, en la medida de lo posible aunque esto sea muy difícil de conseguir.

En conclusión, se puede decir que queda regulado el uso de la fuerza para la toma de muestras salivares con el fin de identificación genética de sujetos sospechosos y de condenados por determinados delitos con independencia de la voluntad del afectado.

Pero queda por determinar cuál es el límite real del uso de la medida coactiva ya que se ha mencionado referencias genéricas como proporcionalidad, indispensables, o que no afecten a la dignidad del condenado. Se entiende que el uso de fuerza física es la fuerza utilizada para sujetar a una persona para extraerle pelo, saliva o sangre, si fuera necesario para la identificación o precisión del sexo del, será la que es aceptada al practicar una detención en función de la actitud del detenido, no podrá ser mas de esa.

Son muchas las sentencias y pronunciamiento que podemos encontrar en relación a la extralimitación del uso de la fuerza para la toma de muestras biológicas de un acusado o procesado, es el caso por ejemplo de la STS 120/2018, una sentencia muy reciente del Tribunal Supremo de Madrid, de la sala de lo penal, en concreto estamos antes un recurso de casación interpuesto por la representación del acusado.

Los hechos probados son los siguientes, los acusados planearon el asalto a una casa habitada, en la que además de actuar con gran violencia y producir grandes lesiones, robar joyas y dinero, causaron la muerte de marido de la demandante. Se les acusa de varios delitos, robo con violencia y delito de asesinato, pues bien en su derecho los acusados presenta este recurso, alegando los siguientes motivos de casación se denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 CE, en tanto que se han utilizado pruebas contraviniendo el ordenamiento jurídico y en concreto pruebas de ADN en las que la muestra indubitada se obtuvo sin que el imputado se encontrará asistido por letrado, además días después se les intentó volver a tomar muestras de ADN haciendo uso de la fuerza desmedida y de nuevo sin estar estos asistido por ningún letrado, lo que hace que el tribunal declarase esta toma de muestras como impugnadas.

En los casos 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. Es por ello que en esta sentencia esta práctica se consideró nula de pleno derecho al no realizarse convenientemente ante letrado, pero no por ello se desestimó la causa, ya que la toma de muestras se obtenga, o a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado, entonces si se entenderán como válidas y permitidas siempre que se adopten las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial, para así poder encausar al posible culpable o culpables de un delito. Aunque el recurso de casación interpuesto por los demandados / presuntos autores del delito fue estimado, se les imputó los delitos anteriormente nombrados, ya que había las suficientes huellas y restos biológicas abandonadas en el lugar del delito como para inculparlos.¹⁹

Como este son muchísimos los casos que cada día llegan a los tribunales y que nos hacen plantearnos si esta práctica como es la toma de muestras biológicas para crear una base de datos policial para la averiguación de delitos e identificación de posibles

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid (Sala de lo Contencioso), Sentencia 120/2018 de 25 de enero de 2018.

sospechosos, en relación a los casos en los que el acusado se niega a ofrecer el consentimiento para la toma de dichas muestras, podría llegar a considerarse como una posible vulneración de derechos fundamentales y derecho a la intimidad al querer realizar esta práctica a través del uso de la fuerza y por supuesto estaría en su derecho de negarse y de no permitir que se le realice esta prueba, a no ser que exista una orden judicial.

3.2. Posible vulneración de los derechos fundamentales e intromisión al derecho a la intimidad.

Las intervenciones corporales implican una intervención sobre el cuerpo de una persona, estas suponen una afectación de distinta intensidad de los derechos fundamentales de la persona sobre la que recae. Los derechos fundamentales se entienden como aquellos declarados por la CE que gozan del máximo nivel de protección, es decir, son derechos alienables, inviolables e irrenunciables. Pero pese a su naturaleza como “fundamentales” no quiere decir esto que sean “absolutos” y en consecuencia ilimitados, no resultando tarea fácil el deslindar su alcance y su contenido.

En cuanto a la práctica de las intervenciones corporales y en concreto a las orientadas a la obtención de muestras biológicas para la prueba de ADN, debemos de partir del artículo 53.1 de la CE el cual dice *“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título, vinculan a todos los poderes públicos. Solo 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)”*

La extracción de muestras para la obtención de ADN puede afligir a los derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, libertad ambulatoria, integridad física y moral así como la dignidad de una persona y es que es demasiado delgada la línea que separa el actuar de manera legal y permita del sobrepasar la situación y llegar a cometer incluso un delito o un abuso es por ello que el uso de la fuerza en estas prácticas debe contener las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán de ser en todo caso proporcionales a las circunstancias del caso y respetuosamente, aunque esto será algo muy difícil.

La LO 10/2007 señala que *“los avances técnicos posibilitan la obtención de datos exclusivamente identificativos a partir de una muestra de ADN se pueda realizar de manera rápida, económica y limitando lo menos posible los derechos ciudadanos.”* Además considera los métodos de obtención de muestras biológicas hoy en día como mínimamente invasivos, pues basta introducir un bastoncillo en la boca de la persona para conseguir ADN.

Sin embargo se plantea esta cuestión de otra manera y es que se está produciendo una cierta banalización del alcance jurídico de las correspondientes intervenciones, desde el punto de vista de los derechos de la persona que atañe, a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, como tal contiene una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos.

De aquí deriva el derecho a la confidencialidad de los datos genéticos, este es el derecho que tiene el sujeto a que se mantenga la confidencialidad de los mismo y el consecuente deber de los profesionales que acceden a ellos de guardar el secreto profesional. Corresponda a cada persona decidir a quién desvela, cuando y su extensión, por lo que debe quedar vetada la transmisión a terceros de la información lograda mediante el análisis genético sin el consentimiento expreso del interesado o su representante legal si se trata de un menor o persona incapaz.

La confidencialidad de los datos genéticos puede dar lugar a un enfrentamiento con el derecho de otros sujetos que pueden tener un especial interés propio en conocerlos, se trata de los derechos legítimos que en principio compiten por ser satisfechos. Las técnicas de resolución de estos conflictos son conocidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y es que deben primar los intereses presentes en el conflictos o los intereses lesionados, en si la ponderación de intereses debe realizarse con criterios objetivos, es decir, de acuerdo con la valoración del derecho.

Para intentar resolver este tipo de conflictos éticos- jurídicos que pueden surgir se plantea la creación de una comisión nacional sobre el uso del ADN en la que se trate el tema del consentimiento y la confección de formularios para la obtención del mismo. Se

entenderá que no se vulneran cuando dichas prácticas cumplan una serie de premisas que comentaremos a continuación.

En primer lugar vamos hablar del derecho a la dignidad, artículo 10 de la CE, el cual viene a decir que esta práctica deberá de llevarse a cabo de la manera que menos afecte al imputado y siempre por un profesional. El segundo lugar hablaremos del derecho a la integridad física, artículo 15 de la CE, el cual viene a decir que se deberá de realizar sin causar menoscabo alguno o daño en el cuerpo, estamos hablando cuando se toma muestras de sangre, orina, uñas, pelo, punción lumbar, biopsias... o exposiciones a radiaciones (rayos X, resonancias), para las que siempre va a necesitar autorización judicial

En tercer lugar sería el derecho a un proceso con todas las garantías, artículo 24.2 de la CE, en él se estipula que será obligatoria la presencia del abogado, para la llevar a cabo de estas prácticas. En último otro derecho fundamental más que se debe de respetar sería el derecho a la intimidad, artículo 18.1 de la CE, *“garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. A su vez, el apartado 4 del mismo artículo establece que *“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”*

El derecho a la intimidad personal y familiar otorga a su titular el poder jurídico de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, el deber de abstenerse de toda injerencia en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. Impone a terceros el deber de contención de impertinencias salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.

En cuanto a los análisis de ADN, se ha llevado a emplear el término de *“intimidad genética”*, entendida como derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética para aludir a la necesaria protección de esa información a través del derecho fundamental a la intimidad. La Exposición de Motivos de la LO 10/2007 (apartado II, párrafo cuarto), alude al derecho fundamental a la intimidad, respecto del

que considera salvaguarda muy especial el hecho de que solo puedan ser inscritos los identificadores de ADN que sean reveladores de la identidad del sujeto, lo que compara con la huella dactilar, y del sexo, previsión plasmada en el artículo 4.

Aunque el derecho a la intimidad genética pudiera verse afectado por la obtención y almacenamiento de muestras biológicas y el análisis de las mismas, esto sólo ocurriría si se accediera a información genética sensible, pero este es un riesgo ajeno a la configuración jurídica y práctica del uso forense del ADN. Por tanto, son el almacenamiento y el tratamiento de los datos identificativos que se obtengan con los análisis realizados sobre las muestras, esto es, los perfiles de ADN, los aspectos relevantes desde la óptica de los derechos fundamentales. Por ello, como vimos, la DA Segunda de la ley incardina su regulación en la LOPD. En efecto, como tiene declarado el TEDH, *“el simple hecho de memorizar datos relativos a la vida privada de un individuo constituye una injerencia en el sentido del artículo 8. Poco importa que las informaciones memorizadas sean o no utilizadas después”*

En definitiva, salvaguardado por la propia Ley el derecho a la intimidad, en su vertiente de intimidad genética, resta como derecho fundamental directamente concernido por la base policial de ADN el derecho de protección de datos o autodeterminación informativa. Este derecho fundamental consiste, según el TC, en *“garantizar a las personas un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho afectado”*.²⁰

Un claro de ejemplo y muy actual de vulneración de derechos fundamentales junto con uso de la fuerza en la práctica de toma de muestras biológicas tiene lugar en una sentencia reciente, la SAN 941/2020 de 5 de junio de 2020, cuyos hechos probados son los siguientes: Rosendo en 2009 formaba parte de ETA, organización dotada de armas y explosivos que mediante el empleo de acciones violentas contra personas y bienes trataba de conseguir la independencia del País Vasco del resto de España, que junto a otros integrantes de dicha organización Jesús Manuel, José María y Luis Andrés, tenían un objetivo el cual consistía en realizar, una acción con explosivos contra un repetidor de

²⁰Ramírez, F. (2017), *Base policial de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas*, pp.266-268.

Casado, M y Guillén, M, (2015), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*.

telefonía móvil y televisión, propiedad de Abertis Telecom, Retevisión I, situado en Hernani y colocar una trampa bomba que sirviese para matar al mayor número posible de miembros de la Ertzantza, cuando acudiesen tras la explosión. Estos estaban ocupando un piso en el cual fabricaban las bombas y explosivos de forma casera.

El día 15 de enero de 2009 estos, llevaron a cabo su cometido y tuvo lugar las explosiones. Días después uno de ellos, cometió el descuido de limpiar el piso donde prepararon los artefactos y tiró todos los sobrantes manipulados en los cuales habría miles de huellas dactilares y con suerte alguna muestra biológica como pelo a un contenedor de basura cerca de allí. Por casualidad la policía debido a unas llamadas de los vecinos, andaba por allí cuando se percataron y revisaron las bolsas de basura y descubrieron que había restos de lo que podía ser explosivos y otros para su fabricación casera, al día siguiente se llevó a cabo el registro del piso en el que se cercioraron de la actividad llevada a cabo, ya que pese a que lo había limpiado todo había restos que lo confirmaban, se les condenó por un delito de terrorismo en relación con la organización a la que pertenecían y por manipulación de materiales explosivos.

Pocos meses después interceptaron a José María y Luis Andrés, los cuales acusaron a Rosendo y el tribunal sin darle el derecho a defenderse ni presentarse, lo condenó es por ello que Rosendo interpuso un recurso, donde la defensa Rosendo alega que se han producido dos infracciones que suponen la vulneración de los derechos fundamentales del acusado y las garantías del procedimiento, así como el uso excesivo de fuerza para tomar muestras de ADN para el cotejo posterior.

En la sentencia dictada por en este procedimiento el 17 de julio de 2015, al enjuiciar a José María y Luis Andrés, se hicieron en los fundamentos jurídicos afirmaciones sobre la participación en estos hechos del ahora acusado sin que él haya estado presente en ese juicio, ni por tanto haya podido defenderse. Por otro lado la toma de la muestra indubitada de ADN del acusado se llevó a cabo en Francia, sin asistencia letrada, lo que es exigible conforme al Acuerdo de Pleno del TS de 24 de septiembre de 2014.²¹

²¹ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24-09-2014, sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN.

Tampoco consta que hubiese existido el consentimiento informado para la toma de ADN, ni información de las consecuencias negativas a negarse a la toma de muestras, además se le intentó coaccionar, se le retuvo de forma ilegal, se le amenazó verbalmente e incluso se llegó a utilizar la fuerza para que colaborara y confesase.

La consecuencia para la defensa es que esta prueba debe considerarse nula y puesto que el día que tuvo lugar el juicio este no estuvo presente pero lo culparon y condenaron sin tener derecho a defenderse, la sentencia queda en contradicción, ya que "hay cosas que no cuadran", por lo que puesto que no se puede demostrar su participación y las prácticas realizadas son nulas, pero puesto que sí que se encontraron algunas huellas en el piso y los restos arrojados al contenedor de basura, le fue rebajada la pena a Rosendo, pero meses después el juzgado consiguió una autorización judicial para tomarle muestras biológicas a Rosendo, fue entonces cuando se le volvió a condenar e ingresó en prisión.²²

4.CONCLUSIONES

Partiendo de estas prácticas diligentes las cuales, gracias a ellas ha sido posible la averiguación y resolución de grandes casos de delitos sexuales, violaciones o asesinatos hasta entonces archivados por falta de autor conocido, pero también ha servido para exculpar a quienes estaban cumpliendo condena por un delito ajeno.

Además son muy útil estas prácticas también en las investigaciones de identificación de cadáveres y restos humanos, y en el rastreo de personas desaparecidas, mediante el cotejo con los perfiles genéticos obtenidos de las muestras biológicas aportadas voluntariamente por los familiares de las personas desaparecidas.

En definitiva, tras lo expuesto en este trabajo, podemos observar que en cuanto a la regulación en lo que se refiere a la realización de las pruebas de ADN y su correspondiente práctica, dista mucho de ser completa y efectiva, es por lo que el legislador sigue teniendo una tarea pendiente respecto a estas prácticas. Pero tenga lugar o no dicho progreso legislativo que resuelva las lagunas jurídicas que la regulación actual plantea, hay que tener en cuenta algunas cosas importantes.

²² Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Penal), SAN 941/2020 de 5 de junio de 2020.

En primer lugar para que tenga lugar la toma de muestras biológicas de una persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial, deben darse dos requisitos que son, que se trate de un delito grave contra la vida y la posibilidad alta de reiteración delictiva de un sujeto.

En segundo lugar debemos atender a según la toma de muestras biológicas sea en el lugar del crimen, a la víctima, ya sea viva o muerta o al sospechoso; en cuanto al sospechoso necesitaremos su consentimiento y a falta de este será necesario una autorización judicial, aunque esta no quiere decir que se practique dicha intervención, si no que el juez podrá ordenar la ejecución forzosa de tal diligencia siempre que sean las medidas coactivas mínimas para su ejecución debiendo ser estas proporcionales a las circunstancias y respetuosas con su dignidad .

Haciendo un pequeño inciso aquí, no debemos pensar que en caso de que la comparación entre dos muestras diera un resultado positivo, una sentencia condenatoria pudiera basarse únicamente en esta comparación, porque el ADN por sí solo no puede, en ningún caso, destruir la presunción de inocencia. La fiabilidad y utilidad del perfil genético en la resolución de casos criminales, no le dota de una inmunidad absoluta; de tal forma que su aplicación está sujeta a ciertos límites dentro del proceso penal.

En tercer lugar, el papel que juega la asistencia letrada, es fundamental, ya que velará por conseguir que las personas investigadas puedan ejercitar su derecho a una defensa con todas las garantías necesarias, intentando evitar que se vea damnificada su derecho a la presunción de inocencia. También deberán de informar al detenido de las consecuencias de la prestación o negación del consentimiento a la práctica de estas diligencias, para así aludir además, que estos sufran un menoscabo desproporcionado en la esfera de sus derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad o la dignidad, así como también en cuanto a la intimidad genética.

Por lo que consideramos esencial la figura de estos profesionales, en el desempeño de sus funciones, ya que debido a que no estaba regulada la toma coactiva de muestras así como tampoco las consecuencias a la negativa, estas dos cuestiones son las que en los

últimos años tanto se han llevado a los tribunales, porque aunque ante un delito se busque averiguar la verdad sobre lo ocurrido y en su defecto al o los culpables, debe de realizarse de manera adecuada ya que puede dar lugar a litigios de gran envergadura como los que se han conocido en este trabajo.

Para terminar quiero expresar mi opinión sobre este tema y es que aunque no lo conocía me ha parecido una materia bastante interesante por su interés judicial, además de ser muy mediático, puesto que todos los días tienen lugar asesinatos, homicidios y desapariciones los cuales quedan sin resolverse o incluso se imputan a personas equivocadas. Me ha gustado conocer más a fondo, todo lo relativo a estas prácticas, en cuanto a la obtención, cancelación, la base de datos policial, requisitos para que tenga lugar, jurisprudencia, entre otras que hemos analizado en este trabajo.

5.BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, S. (2004), *Ganancias ilícitas y derecho penal*, “El comiso de ganancias procedentes de delitos: artículo 127 del Código Penal”.

- Rodríguez, C. (2012), Pleno del consejo general del poder judicial, por el que se aprueba el informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Bacigalupo, S. (2019), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, pp. 253-260.

- Cuadro sinóptico y comparativo de la 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 (RCL 2015, 439).BOE 31 marzo 2015 núm. 77.

- Morillas, L. (2015), *Estudios sobre el Código Penal reformado(Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ”Consecuencias accesorias del delito”, pp.269- 307

- Carrasco, M. (2006), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 118, “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, pp.139-169.

- Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que regula la creación y utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que el ADN puede ofrecer a nivel de identificación personal

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Sentencia 1758/2020 de 1 de julio.

- Dolz, MJ, (2016), *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia*.

- Barrio, P.A. (2019), *Genética Forense: Del laboratorio a los tribunales*. Pp.205 – 208

-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.

-Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24-09-2014, sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN.

-Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid (Sala de lo Contencioso), Sentencia 120/2018 de 25 de enero de 2018.

-Constitución Española.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- Muñoz Cuesta, J. Fiscal del Tribunal Supremo (2015) “*Ejecución forzosa en la obtención de muestras para hallar el ADN de condenados*”

- Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid (Sala de lo Contencioso), Sentencia 120/2018 de 25 de enero de 2018.

-Ramírez, F. (2017), *Base policial de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas*, pp.266-268.

- Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Penal), SAN 941/2020 de 5 de junio de 2020.

- Casado, M y Guillén, M, (2015), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*.

-Manzanares, J.L. (2016), *Comentarios al Código Penal*, Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo).

-Acón, I, (2014), *La toma de muestras de ADN y la pervivencia de la base de datos*.

-Rodríguez, M.V. (2015), *La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa*

-Martín, A. (2014), *Recogida de muestras biológicas para la obtención de un perfil ADN, desde la perspectiva policial.*

-Castillo, I. (2020), *Consentimiento para la toma de muestras biológicas.*