

PRUEBA DE ADN, BASES DE DATOS GENÉTICOS Y PROCESO PENAL: PANORAMA NORMATIVO EN ESPAÑA Y PORTUGAL

DNA evidence, genetic databases and criminal proceedings: legal context in Spain and Portugal

DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2802>

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN
Investigadora Predoctoral de Derecho Procesal¹
Universidade de Vigo
victoria.ab@uvigo.es

Resumen

El principal objetivo de este trabajo se centra en llevar a cabo un análisis crítico de la regulación existente en España y Portugal acerca de las pruebas de ADN, así como de las bases de datos genéticos, haciendo especial hincapié en cuestiones tales como las relativas a la coerción física y a la coerción jurídica, amén de resaltar las últimas novedades y propuestas legislativas habidas a tal efecto, particularmente, en España. Todo ello se desarrollará tomando como punto de partida las exigencias que dimanen de la Unión Europea en este ámbito. Además, nuestra principal finalidad será no sólo la de detectar las ventajas e inconvenientes que presentan ambos regímenes, sino también la de establecer una comparativa entre ellos, a partir de la cual se puedan proponer determinadas ideas de mejora legislativa en lo que respecta a esta materia.

Palabras clave: Prueba de ADN, proceso penal, bases de datos, problemática jurídica

Abstract

The main purpose of this work is to carry out a critical analysis of the regulation which exists in Spain and Portugal regarding DNA evidences, as well as genetic databases, with a particular emphasis on questions of physical or legal coercion, in addition to this highlighting the latest novelties and legislative proposals to these effects, particularly in Spain. All relevant factors will be developed, taking as a starting point, the requirements imposed by the European Union in this field. Furthermore, our principal objective will not only be to detect the advantages and disadvantages that both systems present, but also to establish a

¹Beneficiaria de las Axudas de apoio á etapa predoutoral do Plan Galego de Investigación, Innovación e Crecemento 2011-2015 (Plan I2C) para o ano 2014. Ayuda otorgada por Resolución de la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, de 14 de abril de 2015, publicada en el Diario Oficial de Galicia (DOG) de 22 de abril de 2015.

comparison between them, from which certain ideas may be proposed in order to improve the legal context regarding this matter.

Keywords: DNA evidence, criminal proceedings, DNA databases, legal problems

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- 2. ALGUNAS SINGULARIDADES SOBRE LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS INDUBITADAS DE ADN: LA COACCIÓN FÍSICA.- 2.1. La situación en España.- 2.2. La situación en Portugal.- 3. LAS BASES DE DATOS GENÉTICOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: UTILIDAD Y PROBLEMÁTICA.- 3.1 El caso español.- 3.2. El caso portugués.- 4. CONCLUSIONES.- 5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. PRELIMINARY CONSIDERATIONS.- 2. SOME PECULIARITIES IN COLLECTING CONCLUSIVE SAMPLES OF DNA: THE PHYSICAL COERCION.- 2.1. The situation in Spain.- 2.2. The situation in Portugal.- 3. GENETIC DATABASES FOR PURPOSES OF CRIMINAL INVESTIGATION: THE USEFULNESS AND PROBLEMS.- 3.1. The Spanish case.- 3.2. The Portuguese case.- 4. CONCLUSIONS.- 5. REFERENCE LIST.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES²

Las pruebas de ADN representan, como en muchos otros campos, un instrumento esencial en la Criminalística y la Genética Forense, toda vez que permiten lograr la identificación del autor de los hechos punibles con un alto grado de fiabilidad. En efecto, *«la importancia de esta pericia resulta del hallazgo en el "ácido desoxirribunucleico" de un factor individualizador de tal magnitud que se habla ya hoy de la "huella genética" como verdadero criterio de identificación de los seres humanos»*³.

Ahora bien, en relación a esta temática es preciso distinguir dos vertientes claramente diferenciadas, atendiendo a las cuales estructuraremos nuestro trabajo. Así, por un lado, destacan los análisis de ADN como prueba de carácter pericial en el marco del proceso penal y, por otro lado, la inscripción de los identificadores de ADN obtenidos a partir de dichos análisis en las bases de datos genéticos con fines de investigación criminal⁴.

²Abreviaturas empleadas en el presente trabajo: art. (artículo), CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), cfr. (confróntese), CNECV (Conselho Nacional de ética para as Ciências da Vida), CPP (Código de Processo Penal), DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea), ed. (edición), LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), L.O. (Ley Orgánica), n.º / núm. (número), p. / pp. (página/s), ss. (siguientes), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), TOL (Tirant Online), vid. (véase), vol. (volumen), VV.AA. (varios autores).

³J. M. SORIANO SORIANO, "La prueba pericial de ADN: problemas procesales" en VV. AA. (J. Saavedra Ruiz, dir.), *Jurisprudencia penal (2005-2007): Análisis crítico*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, D.L., Madrid, 2007, p. 582.

⁴También tienen una importante aplicación en el proceso civil, en el ámbito del Derecho de Familia, y especialmente a efectos de proceder a la determinación de la filiación, si

En puridad, para realizar una prueba de ADN resulta necesario recoger muestras o vestigios biológicos del lugar de los hechos o del cuerpo de la víctima –éstas son las muestras denominadas como “dubitadas”–, para posteriormente analizarlas, extraer los perfiles genéticos de las mismas y compararlos con los obtenidos a partir del análisis de las muestras de ADN indubitadas, es decir, de aquellas que se toman directamente del cuerpo del imputado o sospechoso (ahora investigado), con carácter general, mediante la práctica de una medida de intervención corporal leve (esto es, principalmente, un frotis bucal o nasal y una extracción sanguínea o de cabellos)⁵. De la realización de dichos pasos pueden derivarse dos resultados, o bien la coincidencia entre los perfiles extraídos a partir de la muestra dubitada y los obtenidos por medio de la muestra indubitada, o bien la no coincidencia entre ambos. En el segundo caso, la prueba de ADN resultará plenamente exculpatoria, mientras que en el primero la misma deberá ser interpretada en términos indiciarios y de probabilidad, no perdiendo nunca de vista el hecho de que, en última instancia, los resultados de la prueba de ADN sólo sirven para identificar o individualizar al sujeto y demostrar, o bien, su presencia en el lugar de los hechos, o bien, que éste ha mantenido relaciones sexuales con la víctima, pero no bastan para probar su participación en los mismos. Para ello, es preciso contar con más indicios y/o pruebas que apunten en la misma dirección y que sean suficientes para enervar la presunción de inocencia. De aquí se desprende la importancia de la correcta valoración de los resultados de las pruebas de ADN, particularmente, a la hora de fundamentar una sentencia de condena, lo que desencadena no pocos problemas en la praxis judicial⁶.

bien, esta materia no será objeto de estudio en nuestro trabajo, por cuanto nos centraremos únicamente en el examen de las pruebas de ADN en el marco de la investigación delictiva y del proceso penal. No obstante, para profundizar en el estudio de esta cuestión, vid. A. M. ROMERO COLOMA., “Pruebas biológicas de paternidad, colisión con derechos fundamentales y consentimiento de los progenitores”, *Diario La Ley*, 158, Sección Doctrina, 21 de Abril 2009, pp. 1-29. <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> [Última consulta: 20/07/2015] y M. M. MAIO MADALENA BOTELHO, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 128-145.

⁵El término imputado se ha sustituido por los vocablos de “investigado” y “encausado”, con la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, cuya Exposición de Motivos explica que «el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto». Con esta medida no se busca otro objetivo que el de erradicar las connotaciones negativas y estigmatizadoras que llevan implícitas las palabras “imputado” y “reo”.

⁶Vid. acerca del valor probatorio de los análisis genéticos, A. CARRACEDO ÁLVAREZ, “ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal” en VV.AA. (J. L. Gómez Colomer, coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 358-363; IGLESIAS CANLE, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 149-159; la misma autora en su

Por su parte, la importancia de las bases de datos se evidencia tanto en el marco de las investigaciones nacionales como en el ámbito internacional, ya que la globalización y sus efectos no dejan al margen la esfera delictiva. En este contexto, el almacenamiento de identificadores de ADN para su posterior intercambio y contraste permite agilizar las investigaciones policiales y averiguar con gran celeridad la identidad de los delincuentes, incluyendo aquellos que se encuentran en el extranjero o que han perpetrado ilícitos penales en otros países. Gracias a la creación y regulación de las bases de datos es posible llegar a obtener información de suma relevancia para las investigaciones criminales, que de otra manera resultaría imposible de conseguir. Por tal motivo, desde la Unión Europea se han venido implementando ya desde hace varios años instrumentos que fomentan la cooperación judicial internacional. Particularmente, en el ámbito penal y en relación con las pruebas de ADN, se ha impuesto a los Estados miembros la obligación de incorporar y regular bases de datos comprensivas de identificadores obtenidos a partir de ADN, lo que facilita notablemente la investigación penal y dota de carta de naturaleza a la aplicación de la coerción jurídica, cuestión que abordaremos en este trabajo⁷.

Ahora bien, el problema principal que entraña la utilización de estas técnicas de indagación delictiva tiene que ver con la afectación que las mismas provocan en la esfera de los derechos fundamentales y, más en concreto, del derecho a la integridad física y moral, del derecho a la intimidad corporal, del derecho a la libertad y del derecho a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a la presunción de inocencia, además de determinados derechos de nueva configuración, como el derecho a la intimidad genética y el derecho a la protección de datos. Ocurre, no obstante, que los derechos fundamentales no son absolutos y en ocasiones pueden ser limitados, pero siempre y cuando ello se justifique en aras de proteger bienes o valores supremos del ordenamiento, tales como el *ius puniendi* del Estado, la realización de la Justicia o el interés público en la persecución de los delitos, especialmente de aquellos que suponen un agravio para bienes jurídicos de especial protección, como son la vida, la libertad sexual o la salud pública⁸. A estos efectos, es necesario que las medidas que se adopten para restringir derechos observen de manera ineludible unos presupuestos o requisitos que consisten, esencialmente, en el cumplimiento de los principios de legalidad y

obra, "Intervenciones corporales y prueba de ADN: Libre valoración probatoria y argumentación jurídica" en VV.AA. (J. A. García Amado, P. R. Bonorino Ramírez, coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Comares, Granada, 2014, pp. 344-354 y ROMEO CASABONA, C. M. / ROMEO MALANDA, S. "Los identificadores en el Sistema de Justicia Penal" en *Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 23, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 37-44.

⁷Vid. en este sentido el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, además de los instrumentos reseñados en la nota al pie número 41.

⁸Sobre este particular existe ya una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, pudiendo destacarse, entre otras muchas, las SSTC 2/1982, de 29 de enero (TOL110.845); 91/1983, de 7 de noviembre (TOL79.256) y 206/2007, de 24 de septiembre (TOL1.155.257).

proporcionalidad, entendido este último en su conjunto, es decir, comprendiendo asimismo la necesidad de que concurra el requisito de gravedad delictiva en relación al hecho que es objeto de investigación, así como la presencia de indicios suficientes de criminalidad respecto del sujeto sospechoso o imputado, ahora investigado, amén de los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Todos estos extremos deben formar parte de la fundamentación o motivación que necesariamente ha de contener la resolución judicial que autorice la toma de muestras biológicas indubitadas para la práctica de una prueba de ADN (o de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales)⁹.

En efecto, ya no se discute el hecho de que la realización de una medida de intervención corporal leve (esto es, básicamente, un frotis bucal, un frotis nasal o una extracción de cabellos) con fines de identificación genética no vulnera, en principio, derecho alguno si se practica con las garantías debidas y con el debido respecto al principio de proporcionalidad¹⁰. Empero, hemos de poner el acento en la expresión “en principio”, y ello, porque aquí debe hacerse singular referencia a, los ya mencionados, derecho a la intimidad genética y derecho a la protección de datos –también denominado derecho a la autodeterminación informativa–, que sí pueden resultar en ocasiones fácilmente lesionados, sobre todo tomando en consideración la gran cantidad de información de naturaleza íntima o privada que es posible obtener acerca de un sujeto cuando éste es objeto de la práctica de una prueba genética y, más todavía, cuando se procede a la inscripción de los identificadores obtenidos a partir del ADN en las bases de datos¹¹.

⁹En síntesis, la idoneidad significa que la medida que se adopte –en nuestro caso, la realización de una intervención corporal leve al objeto de practicar una prueba de ADN– debe ser adecuada al fin perseguido; la necesidad implica que la medida tiene que ser indispensable, sin que exista otra menos gravosa o de menor entidad para lograr el mismo fin; y la proporcionalidad en sentido estricto se refiere al hecho de que de la medida habrán de derivarse más beneficios para el interés general que perjuicios en los derechos del sujeto pasivo en cuestión. En lo tocante al principio de proporcionalidad y sus subprincipios, vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 305-310, autor que representa un claro referente en la materia. Cfr. también, I. C. IGLESIAS CANLE, “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad” en VV.AA. (N. González-Cuellar Serrano, dir. y A. M. Sanz Hermida, coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006, pp. 182-193.

¹⁰Vid. aquí, entre otras, STS 709/2013, de 10 de octubre (TOL3.988.468).

Cfr. también, entre otros autores, S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, pp. 93-133 e I. C. IGLESIAS CANLE, *Investigación penal...*, op. cit., pp. 37-50 y 89-101.

¹¹No obstante, no desarrollaremos los particulares relativos a esta cuestión, dado que ello excedería los límites previstos para este trabajo. En cualquier caso, para un estudio a mayor abundamiento sobre estos derechos, vid. S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *La prueba de ADN...*, op. cit., pp. 116-125; V. CARUSO FONTÁN, “Base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética”, en *Foro, Nueva época*, vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 135-167. DOI: 10.5209/rev_FORO.2012.v15.n1.39585 [Última consulta: 10/08/2015]; M. M. MAIO

En resumidas cuentas, en este trabajo centraremos nuestra atención en llevar a cabo un estudio crítico acerca de la regulación de las pruebas de ADN y la inscripción de identificadores genéticos obtenidos a partir de las mismas en las bases de datos, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ordenamiento jurídico portugués, destacando las últimas novedades legislativas habidas en la materia y tratando de identificar las ventajas e inconvenientes que ambos regímenes presentan, a fin de proponer determinadas ideas de cara a una posible mejora regulativa.

2. ALGUNAS SINGULARIDADES SOBRE LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS INDUBITADAS DE ADN: LA COACCIÓN FÍSICA

2.1. La situación en España

Efectivamente, en el ordenamiento jurídico español, antes de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no existía regulación expresa en relación a las pruebas de ADN. Tanto es así que la Doctrina y la Jurisprudencia tuvieron que atribuirse el encargo de suplir las lagunas legales existentes, apoyándose para ello, en la Constitución, en la normativa internacional y en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como en la necesidad de decretar una autorización judicial motivada que hiciese las veces de habilitación legal¹².

Posteriormente, con la citada L.O. 15/2003, se dotó de nueva redacción a los artículos 326 y 363 de la LECrim. Así, en concreto, el artículo 326 en su párrafo tercero vino a regular la recogida de muestras biológicas dubitadas al preceptuar que «cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282». Por su parte, el artículo 363 en su párrafo segundo estableció la posibilidad de efectuar medidas de intervención corporal con fines de identificación genética al disponer que «siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección,

MADALENA BOTELHO, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico...*, op. cit., pp. 198-207; C. M. ROMEO CASABONA, C.M. / S. ROMEO MALANDA, "Los identificadores del ADN...", op. cit., pp. 58-66 y M. L. SUÁREZ ESPINO, *El derecho a la intimidad genética*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 49-157.

¹²Cfr. aquí, las sentencias que representaron una verdadera clave en su momento sobre esta materia, SSTC 37/1989, de 15 de febrero (*TOL80.249*) y 207/1996, de 16 de diciembre (*TOL83.136*). Vid. también STS 803/2003, de 4 de junio (*TOL294.363*).

reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»¹³.

Sin embargo y desafortunadamente, el contenido de dichos preceptos continuó sin ser suficiente. Es más, el art. 363 de la LECrim vino a provocar numerosos problemas de interpretación¹⁴, toda vez que en su dicción no se precisan los sujetos pasivos que pueden ser objeto de una medida de estas características¹⁵ y tampoco se proporciona una solución explícita para los supuestos en los que el sospechoso / imputado / investigado se niegue a someterse a la misma. Además, por si fuera poco, hasta la aprobación de la L.O. 10/2007 no se reguló la base de datos genéticos policial, situación con la que nuestro país incumplía patentemente las exigencias dimanantes de la Unión Europea en lo que respecta a esta materia¹⁶.

La problemática siguió, pues, latente. En este contexto y para los supuestos en que el sujeto que es objeto de la investigación se negaba a facilitar una muestra biológica indubitada que permitiese efectuar el correspondiente análisis de ADN se ofrecieron diversas soluciones, entre las que, principalmente, destacan la atribución de un indicio incriminatorio sobre dicho sujeto¹⁷ e, inclusive, la imputación de un delito de desobediencia o la utilización de este argumento como amenaza, a modo de coacción -no física-¹⁸. Empero, estas opciones no resultaban eficaces, pues no coadyuvan a la adecuada investigación del hecho delictivo ni son

¹³Este tipo de intervenciones corporales -con fines de identificación genética- son las únicas, junto con las pruebas de alcoholemia, que se regulan expresamente en nuestra LECrim.

¹⁴Sobre los defectos que alberga la redacción de dicho precepto, vid. I. C. IGLESIAS CANLE, "La nueva regulación de las medidas...", op. cit., pp. 175-202.

¹⁵No sólo puede ser sujeto pasivo el sospechoso sobre el que recaigan indicios serios y fundados de criminalidad y el imputado, ahora investigado, sino también la víctima e inclusive terceros sujetos.

¹⁶Vid. en este sentido el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, además de los instrumentos reseñados en la nota al pie número 41.

¹⁷La principal defensora de esta teoría es M. I. HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 410 y ss.

¹⁸Cfr. aquí, entre otras sentencias que avalan esta solución, SSTS 803/2003, de 4 de junio (TOL294.363); 151/2010, de 22 de febrero (RJ 2010\1423) y 169/2015, de 13 de marzo (TOL4.799.213) y, también, la SAP de Barcelona núm. 678/2004, (Sección 7ª) de 5 de julio (TOL537.310).

En contraposición, vid. X. ABEL LLUCH "Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras" en VV.AA., (X. Abel Lluch y M. Richard González, dirs.), *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, vol. II, La Ley, Madrid, 2011, pp. 139 y 140 y J. F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 443 y ss., aunque se muestran manifiestamente contrarios a esta posibilidad.

No obstante, no compartimos la posición de ABEL LLUCH, por cuanto, al igual que HUERTAS MARTÍN defienden como solución idónea la atribución de un indicio incriminatorio que, en nuestra opinión, sólo resultaba adecuadamente aplicable ante el panorama legislativo existente en España, donde hasta la aprobación de las reformas normativas de 2015 no se contemplaba posibilidad alguna de recurrir a la coacción física.

consecuentes con el principio de búsqueda de la verdad material, y tampoco son garantistas con los derechos del imputado / investigado, sobre todo si atendemos al carácter ambivalente de las pruebas de ADN y a su alto grado de fiabilidad, motivos por los cuales un importante sector doctrinal, con el que coincidimos, ha venido defendiendo desde hace ya varios años la necesidad de implementar el recurso a la coerción física – siempre, claro está, de manera proporcionada a las circunstancias del caso– mediante la habilitación legal necesaria a tal efecto¹⁹. Además, ha de hacerse notar que dicha habilitación, que debía plasmarse en todo caso en una norma con rango de ley orgánica –sin la cual resultaba imposible utilizar medida coactiva alguna por su incidencia en la esfera de derechos fundamentales–, era plausible desde la óptica de la cooperación judicial internacional, dado que el hecho de no poder conminar al sujeto objeto de la investigación a que se sometiese a la práctica de una prueba genética, a la postre, obstaculizaba o impedía la comunicación transnacional de datos, pues si no es posible obtener los identificadores de ADN del individuo, los mismos tampoco pueden ser insertados en la base de datos policial y, por consiguiente, esta información difícilmente puede ser cedida ni transmitida a otros países, extremo éste que a su vez colisionaba con las directrices marcadas en la normativa europea sobre intercambio de perfiles de ADN²⁰.

Allende, hemos de referir que el controvertido panorama normativo dio lugar, en su momento, a que se dictase el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II, de 31 de enero de 2006, gracias al cual la policía no precisa obtener consentimiento ni, en su defecto, autorización judicial para la recogida de muestras abandonadas por el imputado, como por ejemplo, excrecencias o escupitajos. Empero, bajo este acuerdo se han llegado a amparar tácticas que resultan de dudosa licitud, máxime, en un Estado de Derecho, tales como ofrecer un vaso de agua o un cigarrillo al sujeto que se encuentra detenido, para que una vez que éste se desprenda de dichos objetos, se pueda interpretar que la saliva que haya quedado depositada en los mismos conforma una muestra abandonada y que, por tanto, puede recogerse sin necesidad de consentimiento ni autorización judicial. Otro caso paradigmático que se ha venido dando asiduamente en este contexto es también el de proceder a la recogida de muestras o vestigios mediante una entrada y registro domiciliario previamente autorizados por el Juez de Instrucción²¹.

¹⁹Cfr. sobre esta cuestión, entre otros autores, N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y...*, op. cit., pp. 294-297 e I. C. IGLESIAS CANLE, *Investigación penal...*, op. cit., p. 48.

²⁰Vid. en este sentido el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, además de los instrumentos reseñados en la nota al pie número 41.

²¹H. SOLETO MUÑOZ, *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 128. La autora entiende –como ha venido siendo además habitual en la práctica– que la medida de entrada y registro domiciliario o del lugar de trabajo del imputado con la finalidad de obtener muestras o vestigios biológicos que sirvan para realizar una prueba de ADN resulta apropiada y es lícita, siempre que la misma esté debidamente autorizada por el juez y se observe el principio de proporcionalidad.

En definitiva, la regulación existente en España en lo que atañe a las pruebas de ADN y a las intervenciones corporales resultaba y todavía resulta notable y controvertidamente incompleta.

En este orden de cosas, cabe traer a colación las últimas novedades normativas aprobadas en la materia. Así, debemos referir el dictado del artículo 129 *bis* del Código Penal, que ha sido insertado por la L.O. 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el pasado 1 de julio y que añade una importante previsión, por cuanto establece como consecuencia del delito 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 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».

Con este precepto –inmerso en una reforma del Código Penal que resulta más que cuestionable en muchos de sus aspectos– se ha venido, por fin, a otorgar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 37 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007²² y se ha contemplado por primera vez en nuestro ordenamiento de manera expresa en una norma el recurso a la *vis física*, si bien, en nuestra

²²El art. 37 de dicho Convenio, que lleva por título «Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos», ordena en su apartado 1. que «A efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio. A continuación, en su apartado 2, dispone que «Cada Parte, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y dirección de una sola autoridad nacional responsable a los efectos del apartado 1». Finalmente, en su apartado 3. establece que «Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que la información a que hace referencia el apartado 1 pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes».

opinión, habría resultado una mejor opción que el mandato del art. 129 *bis* del Código Penal se hubiese incorporado en la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, dado que ésta es la norma que regula la base de datos de identificadores de ADN en España y así, en lugar de generar dispersión normativa, se habría proporcionado una mayor sistematicidad a la regulación en materia de pruebas de ADN.

Al hilo de lo anterior, hemos de hacer también mención a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que prevé una modificación para el art. 520 de la LECrim (precepto en el que se consagran y enumeran los derechos del detenido). Concretamente, en el art. 520.6, apartado c, inciso segundo, se contempla que «Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de 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». Ahora bien, este precepto tal y como está planteado y ubicado dentro de la LECrim suscita algún que otro problema. Así, entre otras cuestiones, ciñe exclusivamente el recurso a la coacción física al supuesto de un detenido al que se le practique un frotis bucal, sin tener en cuenta otras situaciones procesales y sin considerar la posibilidad de que –por las singularidades del caso concreto o del sujeto en cuestión²³– sea necesario emplear otra medida también de carácter leve (léase una extracción de cabellos, una extracción sanguínea o incluso un frotis nasal)²⁴.

El hecho de que el sujeto al que se refiera el precepto sea el investigado detenido y no el investigado en general, tal y como propugnaban el Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, puede suscitar alguna que otra controversia. Por ejemplo, se podría correr el riesgo de que se llegase

²³Pensemos, *ad exemplum*, en el supuesto de que el sujeto afectado por la medida padezca algún tipo de enfermedad bucal que pueda contaminar la muestra salivar.

²⁴A título comparativo, cabe reseñar que como explicaremos más adelante, en Portugal, en el art. 10 de la *Lei* n.º 5/2008, se menciona la recogida de células de la mucosa bucal, pero también de otro tipo de muestras equivalentes que, aunque no se especifican, dejan la puerta abierta a la práctica de medidas de intervención corporal leve distintas del frotis bucal. Aunque, en efecto, lo más habitual en la práctica es que la muestra de ADN se obtenga mediante la realización de un frotis bucal, por la escasísima injerencia física que implica esta medida y por la simplicidad con la que se efectúa, a nuestro parecer, lo ideal sería que en una regulación completa y acabada de las pruebas de ADN se recogiese el elenco de medidas que, en función del caso concreto, el juez podría ordenar, siempre, como es lógico, motivando su decisión y priorizando entre las medidas que –aun siendo leves– provoquen una menor injerencia física.

a utilizar la medida cautelar de detención de un modo abusivo²⁵. Ello también podría dar lugar a que, por mor de una inapropiada redacción del precepto –no sabemos si meditada y querida así por el legislador o no– o de una malinterpretación del mismo, se realizase la prueba de ADN a sujetos respecto de los cuales no hayan recaído todavía indicios racionales suficientes de criminalidad (uno de los requisitos comprendidos dentro del principio de proporcionalidad), pero que hayan sido detenidos por la policía como medida cautelar provisionalísima²⁶. No tenemos clara, en definitiva, cuál es la verdadera razón por la que el legislador ha decidido redactar así los términos del citado art. 520. 6 c) párrafo segundo. Por otro lado y de modo análogo al art. 129 *bis* del Código Penal, dicho precepto no determina cuáles son las concretas medidas coactivas que pueden emplearse ni la forma de proceder en la práctica a tal fin, aspecto éste que, quizás podría sustentar la base de futuros y eventuales supuestos de nulidad o ilicitud probatoria en relación con la obtención de muestras de ADN indubitadas.

Ciertamente, en los últimos años, se ha emprendido ya en dos ocasiones el intento de reforma íntegra de la LECrim, primero de la mano del Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011 –propuesta que ya ha sido postergada– y, posteriormente, con el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, cuyo porvenir se presenta todavía incierto, dado que como bien se declara en la Exposición de Motivos de las reformas parciales de la LECrim de octubre de 2015²⁷, dicho texto se encuentra sometido en la actualidad a información pública y debate y, precisamente, mientras se espera a que se logre alcanzar el consenso necesario para implantar el nuevo modelo de proceso penal, desde el Gobierno se ha impulsado la reforma de aquellos aspectos que revestían mayor urgencia a través de las referidas Ley 41/2015, de 5 de octubre y de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Empero, resulta preclaro que utilizar modificaciones parciales a modo de “parcheo” legislativo no es la forma más adecuada para incorporar cuestiones de carácter tan complejo y delicado como es la aplicación de la *vis física* en relación con la práctica de pruebas de ADN.

En conclusión, es evidente que el panorama normativo en lo tocante a la materia abordada en este trabajo ha sido siempre objeto de discusión y cuestionamiento, por su parquedad y sus lagunas, y todavía continúa siéndolo en la actualidad, a pesar de las nuevas previsiones del art. 129

²⁵No podemos olvidar que para proceder a practicar una detención deben concurrir de forma inexcusable determinados presupuestos. Vid. sobre este particular, J. M. ASENSIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 212-213.

²⁶Vid. en relación con esta cuestión, M. RICHARD GONZÁLEZ, “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido...”, *op. cit.*, pp. 5-6. Aunque las reflexiones de este autor no están directamente relacionadas con el contenido del art. 520. 6 c) párrafo segundo de la LECrim, sí podrían hacerse extensibles al mismo.

²⁷Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

bis y del art. 520. 6 c) de la LECrim. Lo que en verdad se precisa en nuestro país es una reforma integral del proceso penal, que se materialice en la aprobación de un nuevo texto de Código Procesal Penal que se adapte a las necesidades actuales y que, entre otros aspectos, recoja una regulación completa, detallada y sistematizada de las intervenciones corporales y de las pruebas de ADN. Pero ello, por desgracia, se ha convertido en una tarea harto ardua de acometer habida cuenta de las candentes tensiones y absurdas afrentas políticas existentes en nuestro país, además de los múltiples intereses difusos que al final impiden la aprobación de tales textos normativos.

2.2. La situación en Portugal

En lo que respecta al ordenamiento jurídico portugués, las previsiones contenidas en relación a la práctica de pruebas de ADN en el *Código de Processo Penal* no son mucho más halagüeñas que en el caso español, antes al contrario suscitan también importantes conflictos de índole jurídico-procesal. La verdad es que no existe en el Código de Processo Penal (CPP) portugués precepto alguno que se refiera explícitamente a las pruebas de ADN. Con todo, su práctica se ha venido sosteniendo sobre las base de lo preconizado en determinados artículos de este cuerpo legal, concretamente, en los arts. 151 a 170 (relativos a la prueba pericial) y en los arts. 171 y 172 (concernientes a los exámenes como medios de obtención de prueba), aunque es obvio que ésta no es la situación ideal, antes bien, lo adecuado sería que la regulación de la práctica de pruebas de ADN se recogiese de forma expresa y detallada en el seno de la norma que por excelencia rige el proceso penal²⁸.

Pues bien, en este contexto, resulta de particular interés el referido art. 172, visto que en su apartado 1 establece que «si alguien pretendiera eximirse u obstar a cualquier examen debido o a facultar cosa que deba ser examinada, puede ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente»²⁹. Asimismo, el art. 8. 1. de la *Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal* efectúa una remisión al art. 172 del CPP, al disponer que «la recogida de muestras en proceso penal es realizada a petición del imputado u ordenada, de oficio o a requerimiento, por auto del juez, a partir de la constitución de imputado, al amparo de lo

²⁸J. DOS REIS BRAVO, "Perfis de ADN de arguidos-condenados. O art. 8.º, N.º 2 e 3 da Lei N.º 5/2008, de 12-02", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, Janeiro-Março, 2010, p. 113.

²⁹El texto completo y original del referido precepto es el siguiente: «1. Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente. 2. É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 do artigo 154.º e 6 e 7 do artigo 156.º

3. Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade».

dispuesto en el artículo 172.º del *Código de Processo Penal*»³⁰. Además, el art. 6.1 de la *Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses* prevé que «nadie puede eximirse de ser sometido a cualquier examen médico-legal cuando éste fuese necesario para el *inquérito* o la *instrução* de cualquier proceso y desde que haya sido ordenado por la autoridad judicial competente, en los términos de la ley»³¹. En efecto, el tenor de estos artículos ha levantado una importante polémica en cuanto a la licitud o no de recurrir a la *vis física* en caso de que el por el imputado, ahora investigado (*arguido* en Portugal³²) se niegue a facilitar una muestra indubitada de ADN.

Dada la imprecisión del art. 172 y la mera remisión a éste por parte del art. 8.1 de la *Lei n.º 5/2008*, la doctrina se ha dividido tomando partido por dos corrientes enteramente diferenciadas. Así existen, por un lado, autores que rechazan de pleno esta posibilidad, entre los que destaca notablemente SILVA RODRIGUES³³, quien además critica férreamente la validez de las pruebas de ADN cuando las muestras biológicas del *arguido* han sido obtenidas mediante “medios engañosos” o “desleales”, poniendo aquí como ejemplo el supuesto en que la policía le ofrece un cigarro o un vaso de agua al sujeto con la intención de analizar posteriormente, sin su conocimiento, los restos de saliva que hayan quedado impregnados, pudiendo así extraer los perfiles genéticos. Disiente igualmente del empleo, en el marco del proceso penal, de muestras biológicas que se hayan extraído previamente del *arguido* para otros fines, en peculiar, para fines médicos (pensemos verbigracia en un análisis de sangre realizado en un hospital o en un centro de salud), criterio con el que convenimos³⁴.

En cambio, por otro lado, contamos con autores, entre los que resaltan PEREIRA O PEDROSO DA SILVA, que entienden que la posibilidad de recurrir a medidas de coacción física sí se contempla implícitamente en el

³⁰La redacción original del citado art. 8.1. dice así: «a recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal».

³¹El contenido literal en portugués de este artículo es el que sigue: «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei».

³²Según el apartado 1 del art. 57 del *Código de Processo Penal* portugués, “asume la cualidad de *arguido* todo aquel contra quien fuera deducida acusación o requerida instrucción en un proceso penal”. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, con arreglo al apartado 2 de dicho artículo, “la condición de *arguido* se conserva durante todo el transcurso del proceso”.

³³B. SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal. A Prova Científica...*, op. cit., pp. 545-551. También se muestran contrarias al recurso a la coacción física, S. FIDALGO, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, en *RPCC*, Ano 16º, Nº 1, Janeiro-Março 2006, pp. 122-125 y 144-148 y H. MONIZ, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, en *RPCC*, Ano 12, n.º 2, Abril – Junho 2002, pp. 249-251.

³⁴Para SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal. A Prova Científica...*, op. cit., pp. 553-554. tales tácticas son nulas en virtud de lo preceptuado en el art. 126.2 a) CPP.

contenido del art. 172 del CPP y del art. 6 de la *Lei* n.º 45/2004, por cuanto con los mismos se viene a establecer la obligatoriedad de someterse a los exámenes o pericias, considerando que tales previsiones –y, más en particular, la del art. 172 del CPP– constituyen habilitación legal suficiente a tal fin³⁵. Además, también resulta un importante apoyo para esta interpretación el artículo 61.3 d) del CPP que estipula la obligación del *arguido* de someterse a diligencias de prueba y a medidas de coacción y garantía patrimonial especificadas en la ley y ordenadas y efectuadas por entidad competente, así como el art. 125 del mismo texto normativo que preconiza que son admisibles las pruebas que no fueran prohibidas por ley.

En este orden de composición debemos hacernos eco de los *Acórdãos do Tribunal Constitucional* n.º 155/2007 y 228/2007, en los cuáles se recoge una interpretación que viene a considerar que, en efecto, existe un soporte legal suficiente (ex art. 172 CPP y art. 6 de la *Lei* n.º 45/2004) para proceder a la realización coactiva –mediante frotis bucal– de las tomas de muestras biológicas indubitadas necesarias para llevar a cabo las pertinentes pruebas de ADN³⁶, pero siempre que ello sea ordenado, de forma motivada, por el Juez y no por el Ministerio Fiscal³⁷. En todo caso

³⁵I. T. M. PEDROSO DA SILVA, "A (I)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal", en *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 15, 2011, pp. 177-179 y A. PEREIRA, "Da prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório", en VV.AA (M. De Fátima Piñeiro, coord.), *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética*, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 406.

PEDROSO DA SILVA, además, entiende que esta interpretación debe hacerse extensiva en relación a los condenados.

³⁶Vid. sobre esta particular cuestión, A. PEREIRA, "Bases de dados genéticos" en VV.AA. (M. F. Terra Pinheiro, org.), en *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 103-106. Para un estudio a mayor abundamiento de los referidos *acórdãos*, cfr. B. SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal. A Prova Científica...*, op. cit., pp. 334-384, si bien este autor, como ya hemos comentado, se posiciona como claro detractor del recurso a la *vis física*.

³⁷Se necesita autorización del *Juiz de Instrução*. Ello es así porque aunque, en línea de principio, en el régimen portugués el reparto de competencias entre las *autoridades judiciárias* para ordenar diligencias de investigación se fija de acuerdo con la concreta fase en la que se encuentre el proceso, es decir, en la fase de *inquérito* las diligencias las acuerda el Ministerio Fiscal y en la fase de *instrução*, las decreta el *Juiz de Instrução*, existen determinadas actuaciones procesales que deben ser autorizadas siempre y exclusivamente por el *Juiz de Instrução*, concretamente, aquellas con las que los derechos fundamentales se pueden ver constreñidos, como ocurre justamente en el caso de las pruebas de ADN. Vid. sobre esta particular cuestión, P. NARÉ AGOSTINHO, *Instruções corporais em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 29-30.

Dado que el sistema procesal penal español se articula de un modo claramente distinto al portugués, por cuanto la "fase de instrucción", al contrario de la línea seguida a nivel europeo, está encomendada a un órgano judicial "el Juez de Instrucción" y no al Ministerio Fiscal –salvo en el proceso de menores–, nos corresponde explicar, si bien de manera sucinta, la diferencia que obra entre el *inquérito* y la *instrução*. Así, el *inquérito* consiste en una primera fase del proceso, dirigida por el Ministerio Fiscal y encaminada a investigar la existencia de un hecho punible, determinar los autores del mismo y sus responsabilidades, además de practicar las diligencias necesarias cuyo resultado permita sostener una eventual acusación y disponer de pruebas para ello. El Ministerio Público se

debe respetarse, como no podía ser de otra manera, la dignidad del sujeto afectado. La reflexión que avala la licitud de la extracción coactiva de muestras indubitadas de ADN se plasma también en el *Acórdão* de 10 de diciembre de 2008 del *Tribunal da Relação do Porto* y en el *Acórdão* de 24 de agosto de 2007 del *Tribunal da Relação de Lisboa*³⁸.

Como última consideración de este epígrafe es preciso poner de manifiesto que el art. 8.2 de la referida *Lei* n.º 5/2008 contempla una previsión cuyo cariz es semejante al del art. 129 *bis* del Código Penal español, en tanto en cuanto se refiere a la posibilidad de que el juez ordene la recogida de muestras del condenado en los casos de crímenes graves, si bien las diferencias fundamentales con el precepto español estriban, por un lado, en que en el art. 8.2 no se hace expresa referencia al recurso a la *vis física* y, por otro lado, en el hecho de que la gravedad de los delitos se fija de conformidad con la pena que se imponga y siempre que ésta sea igual o superior a tres años. En cambio, en el caso español, como consta en su regulación, la gravedad de los delitos se mide en atención al bien jurídico protegido y a la intensidad con la que se ataque al mismo, solución que, a nuestro entender, resulta más apropiada desde el punto de vista del principio de proporcionalidad y de la efectividad de la medida³⁹.

3. LAS BASES DE DATOS GENÉTICOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: UTILIDAD Y PROBLEMÁTICA

La finalidad de las pruebas de ADN no se constriñe solamente a la de obtener perfiles genéticos que sirvan para investigar los hechos delictivos relativos a un proceso penal en concreto, sino que también se extiende a la de facilitar la indagación de otros crímenes o ilícitos penales que puedan cometerse en momentos posteriores e, incluso, en lugares distintos, con los riesgos que ello conlleva en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos. Aquí es precisamente donde entra en juego, de un lado, el

sirve a tal efecto de los órganos de la *policía judiciária* (equivalente a la Policía Judicial española). Por su parte, la *instrução* es una fase posterior, de comprobación de la decisión del Ministerio Público en el *Inquérito* y compete a la figura del *Juiz de Instrução*. Su mayor peculiaridad radica en que no es una fase preceptiva, sino facultativa, es decir, sólo tiene lugar si así se solicita por los interesados.

³⁸En efecto, hubo algunos *acórdãos* anteriores, como el de 13 de septiembre de 2006 del *Tribunal da Relação do Porto*, que consideraron lícita la toma de muestras de ADN mediante la realización coactiva de un frotis bucal, siendo esto ordenado en el *inquérito* por decisión del Ministerio Fiscal. No obstante, esta tesis quedó superada por la doctrina sentada con el *Acórdão do Tribunal Constitucional* 155/2007 y, seguidamente, con el *Acórdão* del mismo tribunal n.º 228/2007, la cual vino a exigir la preceptividad de una autorización judicial a estos efectos, considerando inconstitucional que una medida de tal calibre fuera decretada por el Ministerio Fiscal. Dicha doctrina se positivizó posteriormente en los arts. 154 y 172 del *Código de Processo Penal*, además de en el art. 8 de la *Lei* n.º 5/2008.

³⁹El contenido original del art. 8.2 establece que: «*quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída*».

estudio del almacenamiento de datos comprensivos de perfiles de ADN a través de la creación y regulación de bases de datos, amén de la transmisión y del acceso a los mismos; y de otro lado, el estudio de los principios y reglas que deben regir estas prácticas.

Los principales instrumentos en el ámbito de la cooperación transfronteriza en materia de registro e intercambio de perfiles de ADN son la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 y el Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005⁴⁰, norma que la citada Decisión tomó justamente como base o punto de partida, razón por la cual sus contenidos y previsiones guardan una estrecha semejanza. La muestra más evidente de ello es que la citada decisión es también apodada como "Decisión Prüm"⁴¹.

En suma, la meta que se persigue desde la Unión Europea es la efectiva consecución del llamado "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", en el marco del cual resulta fundamental la aplicación del principio de disponibilidad que, «*supone o significa que cuando un agente de los servicios de seguridad de un Estado miembro de la Unión necesite información para llevar a cabo sus funciones debe poder obtenerla de otro Estado miembro, y que las autoridades de los servicios de seguridad del Estado miembro que tenga dicha información deben ponerla a su disposición para el fin declarado, teniendo en cuenta las necesidades de*

⁴⁰Acerca del Convenio de Prüm, *vid.* también C. M. ROMEO CASABONA, C.M. / S. ROMEO MALANDA, "Los identificadores del ADN...", *op. cit.*, pp. 166-168 y M. DE HOYOS SANCHO, "Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal" en VV. AA. (C. Arangüena Fanego, coord.), *Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 154-161.

⁴¹No obstante, estos instrumentos no son los precursores en la materia, ya que existe diversa normativa precedente, como la Recomendación sobre la utilización de los análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de febrero de 1992, y las Resoluciones del Consejo de Europa relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 (97/C193/02) y de 25 de julio de 2001. Tampoco podemos obviar las normas contenidas en el Reglamento de Eurojust relativas al tratamiento y a la protección de datos personales, aprobado por el Consejo de Europa el 24 de febrero de 2005, en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en la Decisión 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, que establece las disposiciones normativas comunes necesarias para la ejecución administrativa y desarrollo técnico de las formas de cooperación establecidas en la Decisión 2008/615/JAI y en la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C296/01), DOUE de 5 de diciembre de 2009.

Para un análisis en profundidad de los instrumentos de cooperación judicial internacional en lo que respecta a las pruebas de ADN y la inscripción de identificadores genéticos en las bases de datos, *vid.* J. DOS REIS BRAVO, J., "Cooperação internacional em materia de prova genética", en *Revista do Ministério Público*, 138, Abril - Junho 2014, pp. 95-134 e I. C. IGLESIAS CANLE, "Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", en *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 2010, pp. 1-2.

las investigaciones pendientes en dicho Estado miembro»⁴². En tal contexto, resulta de suma importancia hacer referencia a la posibilidad de recurrir a la coerción jurídica por medio de la utilización de las bases de datos, posibilidad que se explica de forma clara y pormenorizada en el contenido de la sentencia española del Tribunal Supremo 948/2013, de 10 de diciembre (TOL4.074.744), en la cual se dictamina que «La prueba derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de otra causa. Sin embargo la prueba anterior no es suficiente cuando el acusado cuestione sus resultados y solicite expresamente, en uso de su derecho de defensa, la práctica de la prueba en el proceso actual, ofreciéndose para la toma de muestras. En este caso no se aprecia razón alguna para que la prueba de ADN, manifiestamente decisiva, no se practique en la causa enjuiciada, con todas las garantías, control judicial y participación de las partes, y sea sustituida por un contraste realizado sobre una toma de muestras procedente de otra causa, expresamente

⁴²M. DE HOYOS SANCHO, "Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos" en VV. AA. (C. Arangüena Fanego, dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, en Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 153 y J. DOS REIS BRAVO, J., "Cooperação internacional...", *op. cit.*, p. 8.

En este sentido, cabe traer a colación el contenido del art. 7 de la L.O. 10/2007 que dispone lo siguiente «1. Los datos contenidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiéndose por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado primero del artículo 3 de esta Ley. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el tratamiento se realizase para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, los datos incluidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán ser utilizados en la investigación para la que fueron obtenidos. 3. Podrán cederse los datos contenidos en la base de datos: a) A las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes. b) A las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de esta Ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas. c) Al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia».

impugnado»⁴³. Con esta sentencia se pone de manifiesto una de las finalidades más importantes que persigue el almacenamiento de identificadores de ADN en la base de datos policial.

En relación con el entorno europeo, llama la atención que no existe un modelo o prototipo de regulación de las bases de datos genéticos, sino que ésta es una cuestión que ha quedado reservada a la potestad y a las reglas del régimen interno de cada Estado miembro. Como consecuencia de ello, se percibe una diáfana falta de armonización entre las diferentes legislaciones, toda vez que se prevén bases de datos notablemente dispares⁴⁴. Así las cosas, existen regulaciones de bases de datos claramente restrictivas en lo que respecta a los derechos fundamentales porque prevén un grado extremadamente amplio de admisión de perfiles genéticos para su inscripción, amén de por los excesivos períodos y dificultades que contemplan para llevar a efecto la cancelación de la inscripción de datos, como sucede por ejemplo en Reino Unido⁴⁵. Otras regulaciones son, en cambio, de corte garantista, como el caso español e, incluso, existe alguna que se presenta cautelosa en exceso como sucede en Portugal, lo que provoca que su utilidad práctica merme en demasía, dado que, en este caso en concreto, el número de perfiles insertados en la base de datos y la cantidad de comparaciones solicitadas son insuficientes. Además, en muchas ocasiones no se efectúa la inserción de los identificadores en la base de datos, tras realizarse la correspondiente prueba genética, por falta de autorización judicial a tal fin⁴⁶.

⁴³Vid. también en relación con esta cuestión, SSTS 680/2011, de 22 de junio (*TOL2.173.557*); 880/2011, de 26 de julio, (*TOL2.245.369*); STS 827/2011, de 25 de octubre (*TOL2.277.461*); 709/2013, de 10 de octubre (*TOL3.988.468*) y 50/2014, de 27 de enero (*TOL4.111.830*). Cfr. aquí asimismo las reflexiones plasmadas en y M. RICHARD GONZÁLEZ, "Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia", en *Diario La Ley*, 8445, Sección Tribuna, 19 de Diciembre de 2014, pp. 15-16. <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> [Última consulta: 22/08/2015]

⁴⁴Vid. sobre este aspecto C. FARINHA en VV.AA. (S. Costa / H. Machado, org.), *A ciência na luta contra o crime...*, op. cit., p. 23.

⁴⁵En las bases de datos de Inglaterra y Gales se pueden inscribir identificadores de meros sospechosos y de condenados por cualquier tipo de ilícito penal. Vid. F. SANTOS, S. COSTA, H. MACHADO, "A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização" en VV.AA. (S. Costa / H. Machado, org.), *A ciência na luta contra o crime. Potencialidades e limites*, Húmus, Vila Nova de Famalicão, 2012, p. 100. No obstante, cabe reseñar que la legislación inglesa ha sido adaptada a través de la aprobación del *Protection of Freedoms Act 2012*, al objeto de lograr un modelo de conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN más congruente con el respeto al derecho a la intimidad genética y al derecho a la protección de datos de carácter personal y, por tanto, más adecuado al contenido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien dicho modelo continúa siendo todavía susceptible de más mejoras en tal sentido. Esta reforma normativa, llevada a cabo mediante el citado *Protection of Freedoms Act 2012*, fue operada como consecuencia de la condena efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Reino Unido en la sentencia del asunto *Marper*, ya referido.

⁴⁶Vid. sobre este particular extremo, F. SANTOS, S. COSTA, H. MACHADO, "A base de dados de perfis de DNA...", op. cit., p. 105. Es posible que estas faltas de autorización se

Nos corresponde ahora, pues, como ya hemos anticipado, adentrarnos en el estudio de las bases de datos genéticos en España y Portugal, países que se demoraron notablemente en aprobar las leyes por las que se crean y regulan estos ficheros.

3.1. El caso español

En lo que concierne al caso español, la base de datos se rige por las normas contenidas en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN⁴⁷. En la misma se integran los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁴⁸. Su utilidad es doble, pues sirve de herramienta tanto para la investigación de delitos como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

En cuanto a los tipos de identificadores que pueden incorporarse a esta base de datos de carácter policial, éstos se determinan en el art. 3 de la L.O. 10/2007. Así, en el apartado 1 a) de dicho artículo se indica que se inscribirán «los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados». En el apartado 1 b) se estipula que también serán objeto de inscripción «los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas». Seguidamente, el párrafo segundo del mismo apartado preconiza que «La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este

deban a la carencia de conocimientos sobre el funcionamiento de las pruebas de ADN y las bases de datos por parte de los jueces.

⁴⁷Depende del Ministerio del Interior y, más en concreto, de la Secretaría de Estado de Seguridad, tal y como se declara en el art. 2 de la referida ley.

⁴⁸En este sentido, la Disposición Adicional Primera prevé que «1. El Ministerio del Interior adoptará las medidas oportunas para que los diferentes ficheros y bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN que, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existieran a la entrada en vigor de esta Ley, pasen a integrarse en la base de datos policial creada por la misma. 2. Igualmente, y mediante la suscripción del oportuno convenio, será posible la integración en la nueva base de datos de los datos procedentes de otros ficheros, registros o bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN, distintos a los descritos en el artículo 1 de esta Ley, siempre que los mismos hubieran sido creados con las únicas finalidades de investigación y averiguación de los delitos a los que se refiere el artículo 3.1. a) de esta Ley, identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas».

apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento». Este inciso resulta de suma importancia, toda vez que el mismo se configura como una manifestación más que evidente de la coacción jurídica, visto que en su virtud los datos del sujeto afectado se inscribirán sin necesidad de su consentimiento, es decir, quiera éste o no, y la única condición necesaria a tal fin será informarle debidamente de los derechos que le asisten en relación con dicha inscripción. Finalmente, en el apartado 2 del mismo artículo, se incluye una previsión a modo de cláusula de cierre, mediante la cual se indica que «igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento»⁴⁹.

En consonancia con lo anterior y sin adentrarnos en las diferencias que obran entre ADN codificante y ADN no codificante, cabe destacar que únicamente pueden ser objeto de inclusión en la base de datos, aquellos datos meramente reveladores de la identidad de la persona y de su sexo⁵⁰, es decir, no está permitido inscribir datos relativos a la salud ni a la configuración biológica de la persona, puesto que ello vulneraría el derecho a la vida privada, el derecho a la intimidad genética y el derecho a la protección de datos de carácter personal⁵¹. En efecto, éste es uno de los principales mandatos que se encomiendan desde la Unión Europea. De hecho, en el apartado III (titulado Intercambio de Resultados de Análisis de ADN), inciso primero, de la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C296/01), DOUE de 5 de diciembre de 2009, se indica que: «a la hora de intercambiar resultados de análisis de ADN, se insta a los Estados miembros a que limiten los resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, es decir, a las zonas cromosómicas de las que no se tenga constancia que contengan información sobre características hereditarias específicas». Y por si fuese poco, en su inciso segundo, se

⁴⁹Por su parte, en el art. 6 de la Ley se declara que «la remisión de los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial en los supuestos establecidos en el artículo 3 de esta Ley, se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia».

⁵⁰Así, el art. 4 de la referida L.O. 10/2007 preconiza que «Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo».

En el ya señalado art. 129 bis se contempla esta exigencia también en relación a la efectucción de los análisis. Lo ideal es establecer esta garantía en ambos sentidos, tanto para el análisis como para la inscripción, y así debería recogerse en sendos preceptos.

⁵¹Sobre el ADN codificante y el ADN no codificante, sus singularidades y las desemejanzas que existen entre ambos, vid., entre otros autores, V. CARUSO FONTÁN, "Base de datos policiales...", *op. cit.*, pp. 144 y 148-149; J. M. MORA SÁNCHEZ, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001, pp. 18-21 y C. M. ROMEO CASABONA / S. ROMEO MALANDA, "Los identificadores del ADN...", *op. cit.*, pp. 61-65.

matiza que «si gracias a los avances científicos se llegara a demostrar que alguno de los marcadores de ADN recomendados en la presente Resolución contiene información sobre características hereditarias específicas, se aconseja a los Estados miembros que no sigan utilizando dicho marcador en el intercambio de resultados de análisis de ADN. Se aconseja también a los Estados miembros que estén preparados para borrar cualesquiera resultados de análisis de ADN que puedan haber recibido si dichos resultados de análisis de ADN contienen información sobre características hereditarias específicas».

Otra de las previsiones clave de la L.O. 10/2007 y que se encuentra en clara sintonía con el art. 363 de la LECrim es la recogida en la Disposición Adicional Tercera de la L. O. 10/2007, la cual preceptúa que «Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Con todo, en esta disposición tampoco se proporcionó, en su momento, una solución para los supuestos en los que el sujeto afectado por la medida se negase a proporcionar una muestra indubitada de ADN.

Por otro lado, el art. 5 de la citada Ley hace referencia a los organismos habilitados para llevar a efecto los análisis genéticos. Así, con arreglo a su apartado 1, «las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios». Sobre este punto existe una notable laguna, puesto que si bien se indica que corresponde al juez encargarse de la ulterior conservación de las muestras o vestigios biológicos, no se detalla la forma en la que deberá hacerlo ni tampoco se establece un período de conservación y eliminación de dichas muestras, como sí se hace, en cambio, en relación a la inscripción de identificadores obtenidos a partir del ADN⁵². En efecto, es preciso almacenar una cantidad suficiente de muestras biológicas, especialmente, con el objetivo de garantizar la posibilidad de realizar un contraanálisis, garantía primordial para hacer valer los derechos de defensa y contradicción. No obstante, lo deseable habría sido que la regulación sobre la destrucción de tales muestras se hubiera efectuado con mayor detalle y rigor –como se hizo en el caso portugués, que veremos más adelante–, pues no podemos obviar que los nuevos análisis que se puedan realizar a partir de las mismas son susceptibles de poner en riesgo los derechos a la intimidad genética y a la protección de datos

⁵²Cfr., sobre este extremo, M. DE HOYOS SANCHO, “Profundización en la cooperación transfronteriza...”, *op. cit.*, p. 178.

de carácter personal del sujeto al que pertenezcan dichas muestras, con particularidad, si se realizan de manera ilícita o indebida⁵³.

Asimismo, en el apartado 2 del mismo precepto se declara que «sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse».

En lo atinente al régimen de conservación y cancelación de los datos, ello se detalla en el art. 9 de la L.O. 10/2007. Así, el lapso de tiempo durante el cual pueden estar archivados los datos se corresponde fundamentalmente con el período que debe transcurrir para que se produzca la prescripción del delito o, en su caso, la cancelación de los antecedentes penales. Esto último –cuando se dicte una sentencia condenatoria firme o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, excepto resolución judicial en contrario–. Empero, si el juez dicta auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las anteriormente citadas, la inscripción deberá cancelarse una vez que dichas resoluciones sean firmes. Además, si existiesen varias inscripciones de una misma persona, que se correspondan con diversos delitos, los datos y patrones identificativos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio⁵⁴.

Ahora bien, este régimen plantea algún que otro problema, toda vez que «*el sospechoso que no ha sido imputado puede tener que soportar un plazo de cancelación mucho mayor del imputado absuelto, y lo mismo puede ocurrir respecto de las personas que hayan prestado su muestra de forma voluntaria si no son imputados*»⁵⁵. Amén de lo anterior, esta ley también suscita, a nuestro juicio, otro inconveniente por el hecho de que contempla como sujetos pasivos no sólo al imputado (cuya terminología ha cambiado) y al detenido sino también al sospechoso⁵⁶, es decir, a aquel sujeto sobre el que todavía no han recaído indicios suficientes de

⁵³Vid. V. CARUSO FONTÁN, "Base de datos policiales...", *op. cit.*, p. 165 y C. M. ROMEO CASABONA / S. ROMEO MALANDA, "Los identificadores del ADN...", *op. cit.*, p. 63.

⁵⁴En cuanto al supuesto de personas fallecidas, los datos se cancelarán de oficio una vez que el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento del sujeto inscrito, con arreglo a lo dispuesto en el art. 9.2., precepto que además indica que «En los supuestos contemplados en el art. 3.1 b), los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos». Por su parte, también el art. 9.4 dispone que «Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación».

⁵⁵H. SOLETO MUÑOZ, *La identificación del imputado...*, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁶Ahora también lo es el condenado en los términos que establece el art. 129 *bis* del Código Penal.

criminalidad, medida que no nos parece muy acorde con las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad⁵⁷.

3.2. El caso portugués

En lo tocante a la regulación portuguesa de la base de datos, que también persigue una doble finalidad, de investigación civil –identificación cadavérica– e investigación criminal, la misma se prevé, como ya hemos adelantado, en la *Lei* n.º 5/2008. Se trata ésta de una norma más amplia que su homónima española, cuyo régimen se completa, en virtud de lo dispuesto en el art. 39 de la misma, con la *Deliberação* n.º 3191/2008 do Conselho médico-legal do Instituto Nacional de Medicina Legal (INML), que aprova o Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN.

La citada *Lei* n.º 5 /2008 se compone de un total de 41 artículos y sus aspectos más relevantes son los siguientes:

A diferencia de la ley española, la norma portuguesa contempla, en su art. 2, un listado de definiciones que, a nuestro juicio, resulta de gran utilidad. Se explican así conceptos tales como *amostra problema* (muestra dubitada), *amostra referencia* (muestra indubitada), marcador genético, perfil de ADN, o datos personales.

En sus arts. 6, 7 y 8 se regulan, respectivamente, la recogida de las muestras en personas voluntarias, de las muestras con finalidades de investigación civil y de las muestras con finalidades de investigación criminal. Debe referirse aquí que el supuesto de proceder a la toma de muestras en personas voluntarias no sugiere problema alguno en relación con los derechos a la intimidad o a la autodeterminación informativa, toda vez que es el propio individuo o sujeto afectado el que decide formar parte del fichero y otorga su consentimiento expreso al objeto de que sus datos sean insertados en el mismo⁵⁸. Obviamente, lo ideal desde el punto de vista de la investigación criminal y la genética forense sería que la cantidad de donaciones voluntarias de muestras biológicas para la inserción de los perfiles en la base de datos aumentase, porque ello permitiría incrementar el abanico de identificadores registrados para efectuar las correspondientes comparaciones sistemáticas, pues es claro que cuanto más amplio sea el número de perfiles registrados más operativa será la base de datos. Sin embargo, el registro de perfiles de voluntarios es más que escaso por los costes que ello conlleva. Ahora bien, es imprescindible aclarar aquí que el *arguido* en la pendencia de un proceso penal sólo puede ser considerado como un sujeto voluntario cuando la recogida de muestras de ADN se efectúe para fines distintos a la investigación criminal, ex art. 6.3 de la *Lei* 5/2008⁵⁹.

⁵⁷Vid. V. CARUSO FONTÁN, "Base de datos policiales...", *op. cit.*, pp. 160-161 y C. M. ROMEO CASABONA / S. ROMEO MALANDA, "Los identificadores del ADN...", *op. cit.*, pp. 190-191.

⁵⁸Cfr. H. MONIZ en VV.AA. (S. Costa / H. Machado, org.), *A ciência na luta contra o crime...*, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁹Sobre esta cuestión, vid. J. DOS REIS BRAVO, "Perfis de ADN de arguidos-condenados...", *op. cit.*, p. 121.

A la luz del art. 9, se reconoce el derecho a la información del sujeto pasivo según lo previsto en el art. 10.1 de la *Lei da Protecção de Dados Pessoais*, precisando que éste debe ser informado, por escrito, y principalmente de los siguientes extremos: de que sus datos van a ser inscritos en un fichero de datos personales, de la naturaleza de la información que se extrae de la muestra biológica, de que el perfil de ADN será en los casos admitidos en la Ley, integrado en un fichero de perfiles de ADN, de la posibilidad de cruzamiento del perfil obtenido con los existentes en la base de datos, haciendo mención expresa a la utilización de los datos para fines de investigación criminal y de que la muestra recogida puede ser conservada en un biobanco en los casos previstos en la Ley. Este precepto ha de valorarse positivamente y, a nuestro entender, debería incluirse también una previsión de este tenor en la regulación española, en la L.O. 10/2007. Asimismo, el derecho de acceso a los datos inscritos se prevé en el art. 24 y el derecho de rectificación o corrección de eventuales inexactitudes se plasma en el art. 25. Además, el acceso a terceros está prohibido salvo en las excepciones previstas en la ley, ex art. 22, y se contempla la posibilidad de comunicar información para fines de investigación científica o de estadística de forma anónima, sin que sea posible identificar al titular de los datos, según lo dispuesto en el art. 23.

En cuanto al modo en que ha de efectuarse la toma de muestras biológicas indubitadas, se preceptúa que ésta debe ser realizada a través de método no invasivo que respete la dignidad humana y la integridad física, moral e individual, destinado a la recogida de células de la mucosa bucal o de otro tipo de muestras equivalentes (ex art. 10 de la Lei 5/2008 y art. 8 de la *Deliberação* 3191/2008).

Asimismo, en el art. 11 de la Ley se estipula que, salvo en los casos de manifiesta imposibilidad, debe preservarse una parte bastante y suficiente de muestra para la realización del contra-análisis⁶⁰.

Seguidamente, en el art. 12 se contempla la obligación de limitar los análisis de la muestra biológica a los marcadores que sean absolutamente necesarios para la identificación de su titular y para los fines de la ley.

Resulta de interés matizar que, si bien, se prevé la posibilidad de lograr la identificación al resultar una coincidencia entre el perfil obtenido a partir de la muestra objeto de investigación (*amostra problema*, dubitada) y otro u otros perfiles ya inscritos en el fichero, ello no obsta para que, siempre que sea posible, se repitan los procedimientos técnicos para obtener el perfil de ADN, a partir de las muestras, a fin de confirmar los resultados (ex art. 13)⁶¹.

En lo concerniente a la recogida de muestras biológicas con fines de investigación criminal, cabe reseñar que en Portugal no está permitido recoger muestras del sospechoso, sino que el sujeto pasivo tiene que

⁶⁰Sería positivo que se trasladase a la regulación española una previsión de este cariz, dado que –si bien en la práctica se suele proceder en tal sentido– no existe ningún precepto que recoja de forma expresa dicha exigencia.

⁶¹Este extremo mantiene, en buena medida, relación con la declaración contenida en la citada Sentencia española del Tribunal Supremo 948/2013, referida anteriormente.

poseer la condición de *arguido*. Esta medida se posiciona en una línea garantista con el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, si bien, parece dificultar en cierto modo el progreso de las investigaciones policiales y suscita, pues, críticas por parte de algunos autores⁶². En nuestra opinión, tendría que permitirse la recogida de muestras indubitadas del sospechoso (siempre, claro está, que existan indicios fundados de criminalidad sobre él y que la medida esté justificada con base en el principio de proporcionalidad)⁶³, aunque en estos casos los identificadores de ADN obtenidos a partir de los análisis de las mismas no deberían ser inscritos en la base de datos, y ello, con la finalidad de establecer el adecuado equilibrio entre los distintos intereses que se encuentran en juego, preservando el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal del individuo al que todavía no se le ha imputado formalmente la comisión del delito "y cuya falta de implicación con los hechos punibles puede quedar acreditada antes de que esto se produzca, no llegando por tanto a abrirse, ni siquiera, la fase de juicio oral.

Ahora bien, el aspecto que sí se presenta problemático y que supone un freno a la operatividad del fichero portugués es el hecho de que en la regulación vigente en este país no se permite la inscripción de los perfiles de *arguidos*⁶⁴, es decir, estos sujetos pueden ser objeto de una medida de toma de muestras de ADN indubitadas para la realización de un análisis genético, cuyo resultado podrá ser utilizado como prueba en el proceso en curso, pero los perfiles que se extraigan a partir de dicho análisis –a diferencia de lo que ocurre en España– no pueden ser inscritos ni, por ende, utilizados en futuras investigaciones⁶⁵.

En relación con la obtención de muestras del *arguido*, el art. 8.6 de la Lei n.º 5/2008 efectúa una matización, por cuanto viene a establecer que cuando se trate de un mismo *arguido* en varios procesos, simultáneos o sucesivos, se puede evitar la recogida de la muestra, mediante autorización judicial, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde

⁶²H. MONIZ en VV.AA. (S. Costa / H. Machado, org.), *A ciência na luta contra o crime...*, op. cit., pp. 32-33 y M. J. MORGADO, "Perigos e certezas. Lei 5/2008 de 12 de fevereiro", en VV.AA. *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal*, CNECV, Coimbra, 2012, pp. 155 y 156.

⁶³De hecho, tal y como explica con acertado criterio M. J. MORGADO, "Perigos e certezas...", op. cit., pp. 155-156, el *Código de Processo Penal* admite, por orden de la autoridad judicial competente, la realización de exámenes periciales sobre sospechosos, es decir, personas que no gocen todavía del estatuto de *arguido*, por lo que parece existir una contradicción entre las normas dispuestas en este cuerpo legal y las recogidas en la *Lei 5/2008*.

⁶⁴Término equivalente al español "imputado", ahora sustituido por el de "investigado" / "encausado".

⁶⁵Así, en el art. 15, que se refiere al contenido de las bases de datos, no se incluye ningún fichero que comprenda la información obtenida a partir del análisis de las muestras genéticas extraídas de los *arguidos*, ex art. 8.1. Por su parte, el art. 18 que relaciona los perfiles de ADN que se almacenarán en la base de datos tampoco hace mención a los perfiles del *arguido*. Además, el art. 34 que regula la destrucción de las muestras prevé, en su apartado 2, que aquellas obtenidas al abrigo de lo dispuesto en el art. 8.1 sólo pueden ser utilizadas como medio probatorio en el respectivo proceso.

la primera toma y, en cualquier caso, cuando la recogida de la muestra resulte innecesaria o inviable.

Resulta asimismo objeto de crítica la excesiva burocracia que va aparejada al trámite de inscripción de los identificadores de ADN en la base de datos y, particularmente, los procedimientos externos de los que dependen los laboratorios para realizar su trabajo, así como el hecho de que la competencia para ordenar la inserción de un perfil en la base de datos esté atribuida en exclusiva al juez⁶⁶. En definitiva, se precisan dos autorizaciones, una para proceder a la extracción de la muestra biológica indubitada y realizar la prueba de ADN (art. 8 de la *Lei* nº 5/2008 y art. 7 de la *Deliberação* 3191/2008) y otra distinta, que decrete la inscripción de los perfiles en la base de datos (art. 18.3 de la *Lei* n.º 5/2008)⁶⁷. También resulta un trámite farragoso y dilatorio el hecho de que se precise de una autorización judicial para la inserción de las muestras dubitadas, cuya recogida se permite además con independencia del tipo de crimen, lo que resulta discutible⁶⁸, dado que no se tiene aquí en cuenta la gravedad delictiva.

Pero lo que más sorprende aquí es la existencia de una especie de desequilibrio en favor de las autoridades extranjeras que pueden consultar, con arreglo al art. 21 de la *Lei* 5/2008, la base de datos directamente y de forma permanente, mientras que si un órgano de la Policía Criminal portuguesa o el Laboratorio de Policía Científica quieren proceder a la comparación de un perfil que obre en su poder con los perfiles archivados en la base de datos, deben solicitar autorización judicial a tal efecto⁶⁹.

Como podemos comprobar, la base de datos portuguesa es burocrática y cautelosa en exceso, lo que a la postre supone un lastre desde la óptica del interés público en la persecución de los delitos y la realización de la

⁶⁶Vid. F. SANTOS, S. COSTA, H. MACHADO, "A base de dados de perfis de DNA...", *op. cit.*, p. 108. Los autores critican igualmente, entre otras cuestiones, la necesidad de consentimiento informado para la recogida de muestras por medio de métodos no invasivos, preferentemente el frotis bucal, según lo dispuesto en el art. 9 de la *Lei* n.º 5/2008, así como en el art. 5 y el Anexo III de la *Deliberação* n.º 3191/2008, que recoge los modelos que se deben usar a tal efecto. No obstante, en nuestra opinión, esa exigencia es correcta. Cfr. aquí también el prisma crítico de C. FARINHA, "Base de dados de ADN -Da amostra- problema á "amostra solução", através da amostra-referência" en VV.AA. *A Base de Dados de perfis...*, *op. cit.*, pp. 176-183.

⁶⁷No obstante, la inserción de los perfiles resultantes del análisis de las muestras recogidas al amparo de lo dispuesto en los arts. 7.1 (relativo a la recogida de muestras en cadáveres, en parte de cadáver, en cosa o en local donde se proceda a recogidas con fines de identificación civil) y 8.4 (atinente a la recogida de muestras en cadáver, parte de cadáver, en cosa o en local donde se proceda a búsquedas con fines de investigación criminal) será autorizada por el Ministerio Fiscal, por el *Juiz de instrução* o por el *Juiz de julgamento*, en función de la respectiva fase procesal en la que se efectúe la inscripción. Los pormenores y requisitos para la inserción de los datos en el fichero se regulan en el art. 18 de la *Lei* n.º 5/2008 y en el art. 12 de la *Deliberação* 3191/2008, el cual establece el modo en el que debe comprobarse la efectiva observación de la cadena de custodia.

⁶⁸C. FARINHA, "Base de dados de ADN...", *op. cit.*, pp. 181-183.

⁶⁹F. SANTOS, S. COSTA, H. MACHADO, "A base de dados de perfis de DNA...", *op. cit.*, p. 114.

justicia. Con todo y dejando a salvo las anteriores consideraciones, creemos que el sistema de ficheros establecido en Portugal es sumamente acertado. Así, tal y como se estipula en el art. 15.1 de la Lei n.º 5/2008, dentro de la base de datos existe un fichero de muestras de voluntarios, un fichero con información relativa a *amostras problema* recogidas con fines de identificación civil, un fichero con información comprensiva de *amostras referencia* de personas desaparecidas o de sus parientes, un fichero que contiene información atinente a *amostras problema* recogidas en el lugar del crimen, un fichero que cuenta con la información relativa a las muestras de personas condenadas en un proceso penal y un fichero que almacena la información concerniente a las muestras de los profesionales que proceden a la recogida y al análisis de las muestras.

Además, este sistema debe garantizar que los perfiles de ADN y los datos personales que se correspondan con los mismos se almacenen en ficheros independientes, que estén separados lógicamente y físicamente y que sean manipulados por técnicos distintos, mediante accesos restringidos, codificados e identificativos (art. 15.2). En consecuencia, no está permitido incluir ningún elemento identificativo del titular de los datos en el ficheros que recoge los perfiles de ADN (art. 15.3).

La interconexión entre los datos personales y los perfiles de ADN se realiza a través de otro fichero intermedio que cuenta con dos códigos. Dado que los ficheros son manipulados por personas distintas y en lugares diferentes se preserva de manera encomiable –respecto de los demás modelos existentes en Europa– la seguridad de la información, de suerte que ni las personas encargadas de cada uno de los ficheros hablando entre sí puedan conseguir establecer un nexo de unión entre los datos personales y los identificadores genéticos (el cruzamiento de datos se realiza sólo mediante el fichero intermedio)⁷⁰. El diseño de este sistema es, pues, óptimo desde la óptica de la protección que requieren los derechos a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa⁷¹.

Las pautas de conservación y cancelación de la inscripción de los perfiles de ADN y los datos personales –que revisten un carácter proporcionado y garantista desde el ángulo del derecho a la autodeterminación informativa, que en líneas generales consideramos adecuado–, se contemplan en el art. 26 de la Lei n.º 5/2008 y en el art. 14 de la *Deliberação* 3191/2008. No obstante, son criticadas por varios

⁷⁰Vid. sobre este particular, F. CORTE REAL, “A base de dados forense portuguesa (Lei n.º 5/2008)” en VV.AA. *A Base de Dados de perfis...*, op. cit., p. 65. Además, la realización de análisis debe ser efectuada en duplicado y por profesionales diferentes, siempre que sea posible, empleando *kits* de amplificación diversos que incluyan los marcadores establecidos, siguiendo las reglas, metodologías y técnicas marcadas internacionalmente para el análisis forense, según se desprende de lo previsto en el art. 10 de la *Deliberação* 3191/2008.

⁷¹El régimen de comunicación e interconexión de datos continúa regulándose en los artículos 19 a 21 (éste último en relación al ámbito de cooperación internacional), que también es notoriamente restrictivo. Cfr. aquí, M. J. MORGADO, “Perigos e certezas...”, op. cit., p. 158.

autores que entienden que los plazos de permanencia en lo que respecta al ámbito criminal son insuficientes⁷².

Por su parte, la conservación y custodia de las muestras –conformando un biobanco con fines de identificación civil y de investigación criminal– se regula en los artículos 31 y 32 de la ley. Así, deberán ser conservadas en un lugar seguro sin que sea posible la identificación inmediata de la persona a la que pertenecen⁷³. El modo de protección de las muestras se detalla en el art. 33, donde se establece que las entidades responsables de las muestras deben adoptar determinadas medidas: impedir el acceso de personas no autorizadas a las instalaciones, permitir el correcto y seguro almacenamiento de las muestras y permitir asimismo el seguro y correcto transporte de las mismas. Además, el acceso a los laboratorios así como al lugar de almacenamiento de las muestras debe ser restringido al personal especializado.

El régimen de destrucción de las muestras se dispone en el art. 34 y difiere en función del tipo de muestra⁷⁴. Así pues, las muestras de personas voluntarias y condenadas se eliminan una vez que se ha obtenido el perfil de ADN. Para la destrucción de las restantes muestras –salvo las obtenidas del *arguido*– este precepto efectúa una remisión a los plazos previstos en el art. 26.1 de la misma Ley. En cuanto a las muestras del *arguido* se especifica, como ya hemos señalado anteriormente, que sólo pueden ser utilizadas como medio probatorio en el respectivo proceso y, para saber cuándo deben destruirse las mismas, debemos acudir al art. 25.2 de la *Lei das perícias médico-legais*, que determina que las muestras deben conservarse durante dos años, período tras el cual deberán ser destruidas por el servicio médico-legal, a no ser que el tribunal hubiese comunicado decisión en contra⁷⁵.

Como últimos aspectos a resaltar dentro de la base de datos de perfiles de ADN portuguesa, cabe señalar que el Instituto Nacional de Medicina Legal (que se regula en los arts. 16 y 17 de la *Lei n.º 5/2008*) es el encargado de efectuar los análisis genéticos, si bien estos pueden ser igualmente realizados por el *Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária* (LPCPJ). Ambos laboratorios se encuentran equiparados. El Instituto Nacional de Medicina Legal es también la entidad responsable

⁷²Cfr. C. FARINHA, "Base de dados de ADN...", *op. cit.*, pp. 181-183 y F. SANTOS, S. COSTA, H. MACHADO, "A base de dados de perfis de DNA...", *op. cit.*, p. 108.

⁷³Las muestras se conservarán en el INML sin perjuicio de que se puedan celebrar convenios con otras entidades que garanticen las condiciones de seguridad y confidencialidad necesarias de conformidad con las reglas y limitaciones de la Ley.

⁷⁴El contenido de este precepto se completa con el art. 13 de la *Deliberação n.º 3191/2008* que, principalmente, obliga a la destrucción del material biológico existente en el soporte inicial y de todos sus derivados y refiere la necesidad de documentar la destrucción de la muestra en el formulario habilitado a tal fin en el anexo IV de dicha norma.

⁷⁵Cfr. sobre este particular, H. MONIZ, "Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro" en VV.AA. (H. Machado / H. Moniz, org.), *Base de Dados Genéticos Forenses. Tecnologias de controlo e ordem social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 57.

para la base de datos y para las operaciones que le sean aplicadas⁷⁶. Su actividad deberá ser supervisada / fiscalizada por la *Comissão Nacional de Protecção de Dados* (ex art. 37 de la *Lei* n.º 5/2008) y el *Conselho de fiscalização*⁷⁷.

Finalmente, resultan interesantes las indicaciones recogidas tanto en el art. 27, atinentes al control y seguridad de la información inscrita cuyo objetivo principal es el de evitar la consulta, manipulación o destrucción de los datos en forma contraria a la ley, como en el art. 28, precepto relativo al deber de secreto que debe ser puesto en relación con el art. 35 de la misma ley que establece que la violación de ese secreto será castigada en los términos generales previstos en el Código Penal y en la *Lei de Protecção de Dados Pessoais*⁷⁸.

4. CONCLUSIONES

En definitiva, podemos señalar que en lo concerniente a la regulación española –aun considerando la reciente previsión del art. 129 *bis* del Código Penal y la nueva redacción del art. 520. 6 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– continúa siendo necesaria la elaboración de una regulación completa y sistematizada de las intervenciones corporales y de las pruebas de ADN –en el marco de un nuevo texto de reforma íntegra del proceso penal, por el que tantos años llevamos aguardando–. Además, a nuestro juicio, el tenor de dichas previsiones (en especial, la relativa al art. 520. 6 c, párrafo segundo) suscita, como ya hemos tenido ocasión de explicar, más de una controversia.

Respecto de la regulación de la base de datos española, podemos determinar que, con carácter general, la misma se presenta acorde con las exigencias contenidas en la jurisprudencia del TEDH, pero, pese a ello, sería aconsejable que los aspectos relativos al período de cancelación de los datos inscritos y al régimen de conservación y destrucción de muestras biológicas se modificasen, en los términos ya apuntados⁷⁹. En este

⁷⁶Su sede está en Coímbra y cuenta con tres delegaciones: Norte (Porto), Centro (Coímbra) y Sur (Lisboa), así como con gabinetes médico-legales en varias ciudades del territorio.

⁷⁷Este organismo, sus funciones y competencias se regulan en la *Lei* n.º 40/2013, de 25 de junho que aprova a lei de organização e funcionamento do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN e procede á primeira alteração á *Lei* n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. Vid. M. SIMAS SANTOS, "Mecanismos de verificação e fiscalização (na Base de Dados de Perfis de ADN)", en VV.AA. *A Base de Dados de perfis...*, op. cit., pp. 69-78.

⁷⁸También en el art. 36 de la *Lei* 5/2008 se explicita que la violación de normas relativas a datos personales será sancionada en los términos de los arts. 35 y ss. y 43 y ss. de la *Lei de Protecção de Dados Pessoais*. En España, el nivel de seguridad aplicable, calificado como alto, se estipula en el art. 8 de la L.O. 10/2007, mediante remisión a la LOPD (art. 9) y el régimen de infracciones y sanciones se dispone también en los arts. 43 a 49 de esta última. Las medidas de seguridad de nivel alto se desarrollan, a su vez, en los arts. 101 a 104 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre.

⁷⁹Cfr. aquí el caso Marper contra Reino Unido, STEDH de 4 de diciembre de 2008 y las consideraciones ofrecidas sobre dicha sentencia en B. REVERÓN PALENZUELA, "El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper c. Reino Unido)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 30, 2009, pp. 171-

sentido, debería eliminarse la posibilidad de insertar en la base de datos los identificadores genéticos de sospechosos / investigados (hasta que estos sujetos obtuvieran, en su caso, el estatus de encausados⁸⁰) y detallarse el sistema de destrucción de muestras biológicas, tomando como paradigma el modelo portugués.

En lo tocante al panorama normativo portugués creemos que debe entenderse, no sólo por el contenido de los preceptos referidos sino también tras los *Acórdãos do Tribunal Constitucional* n.º 155/2007 y 228/2007, que el recurso a la coacción física en caso de negativa del *arguido* es posible y lícito. Ello, porque a diferencia de lo que sucedía hasta la aprobación de las últimas reformas legales del año 2015 en el caso español, el hecho de efectuar una interpretación integradora y teleológica de las distintas normas –anteriormente referidas– existentes en el ordenamiento jurídico portugués sobre la materia nos conduce necesariamente a esta conclusión. Con todo, lo más recomendable desde la óptica del principio de legalidad y abogando por la claridad, la densidad y el rigor normativos sería que en el *Código de Processo Penal* se hiciese expresa referencia a las pruebas de ADN, a los requisitos para su práctica y a la posibilidad de recurrir a la *vis física*, siempre con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad y a la dignidad de la persona⁸¹.

En cuanto al régimen previsto para la regulación de las base de datos en Portugal, el mismo es excesivamente cauteloso o garantista –no se contempla la posibilidad de almacenar los identificadores de *arguidos* y requiere una burocracia extrema–, lo que a la postre entorpece su eficacia práctica. En tal sentido, debe dejarse claro que si bien nos decantamos por que se efectúe una reforma al objeto de que se pueda llevar a cabo la inscripción de perfiles genéticos de *arguidos* en la base de datos, la misma tendría que quedar sometida en todo caso a un plazo de cancelación estricto, de modo que si el *arguido* resultase absuelto o no se llegara siquiera a formular acusación contra él ni a abrirse, pues, la fase de *juízo* (juicio oral), toda la información relativa a sus identificadores de ADN debería ser eliminada de inmediato de la base de datos.

En lo que atañe al régimen de organización de ficheros e interconexión de datos es necesario poner de manifiesto que el mismo posee un nivel de seguridad que resulta idóneo desde la perspectiva de la protección del derecho a la intimidad –genética– y a la autodeterminación informativa de los sujetos pasivos de la inscripción, modelo que, a nuestro parecer, debería ser trasladado a la regulación española sobre la materia.

A modo de conclusión final, debemos añadir que la combinación ideal sería, sin lugar a dudas, la de un sistema de base de datos híbrido que se

190 y A. M. SANZ HERMIDA, "Deber de destruir las muestras de ADN y las huellas digitales tras la finalización de un proceso mediante sentencia absolutoria o archivo definitivo del mismo", en *Revista General de Derecho Procesal (Sección Derecho angloamericano)*, 18, 2009, pp. 1-14.

⁸⁰Teniendo en cuenta la disimilitud obrante entre investigado y encausado.

⁸¹Esto último debería preverse también en la *Lei* 5/2008 tanto en relación a los *arguidos* como a los condenados, aunque fuera por remisión al *Código de Processo Penal*, si éste se reformase en tal sentido.

configurase como garantista desde el punto de vista de los derechos a la par que eficaz en relación a los fines de la investigación criminal, la búsqueda de la verdad material y la realización de la Justicia. Se trata, en última instancia, de articular un sistema que favorezca la investigación delictiva, pero sin que ello implique un uso abusivo –por parte de las instancias policiales– de la información genética perteneciente a los ciudadanos / justiciables, máxime, teniendo en cuenta la posibilidad de que puedan producirse transferencias de material genético en las escenas del crimen. Es precisamente en pos de conseguir un modelo de tales características que todavía resta una larga senda de estudio y trabajo por recorrer, especialmente si fijamos nuestra mirada en los problemas que pueden plantear de futuro los avances científicos en el campo de la genética y, más en concreto, en lo que respecta a la posibilidad de que las regiones del ADN que ahora se conocen como no codificantes puedan terminar por convertirse en codificantes o, lo que es lo mismo, puedan llegar a revelar información relativa a la salud, a la configuración biológica y, por ende, a la vida privada y a la intimidad –genética– de la persona que es objeto de una prueba de ADN⁸². Todo ello, sin olvidar la controversia que suscita la posibilidad de recurrir a la práctica generalizada de test masivos de ADN (que ya se llevan a efecto en países como Alemania o Reino Unido)⁸³ o a la creación y regulación de forma generalizada de bases de datos a nivel de grupos de personas⁸⁴ o, inclusive, de bases de datos a nivel general poblacional.

⁸²Vid. sobre este acuciante particular, entre otros muchos autores, J. M. MORA SÁNCHEZ, *Aspectos sustantivos y procesales...*, op. cit., p. 19.

⁸³En España la legislación existente no parece permitir -sobre todo, teniendo en cuenta las exigencias que dimanarían del principio de proporcionalidad- la práctica de análisis de ADN masivos. Sin embargo, se ha suscitado de nuevo la polémica en lo atinente a esta cuestión a partir de lo recientemente sucedido con el caso del asesinato de Eva Blanco, ya que se ha conseguido detener al presunto autor del crimen cometido en Algete en 1997 –cuando estaba próximo a su prescripción– gracias al empleo de pruebas de ADN efectuadas de forma voluntaria sobre un grupo de personas acotado en función de las características que, según los datos que arrojaba la investigación, reunía el sujeto detenido. En relación con este caso, se había intentado con anterioridad (en dos ocasiones) recurrir a la realización de pruebas masivas de ADN, pero ello no fue autorizado por el Juzgado de Instrucción en cuestión, por motivos de inconstitucionalidad.

Este nuevo acontecimiento provocará, sin duda, una importante polémica en nuestro país tanto política como jurídica, en lo que respecta a la licitud y validez como prueba de los test de ADN efectuados sobre una pluralidad de personas que no tengan la categoría de “investigados” : y podrá venir a suponer relevantes cambios en el ámbito de la praxis policial y judicial.

⁸⁴Cuestión íntimamente ligada con la efectuación de test masivos de ADN. En relación con estos, vid., entre otros autores, S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *La prueba de ADN...*, op. cit., pp. 137-142 y R. CASTILLEJO MANZANARES, “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, en *Diario La Ley*, 8213, Sección Doctrina, 17 diciembre 2013, pp. 24-27. <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> [Última consulta: 30/07/2015].

5. BIBLIOGRAFÍA⁸⁵

- X. ABEL LLUCH "Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras" en VV.AA., (X. Abel Lluch y M. Richard González, dirs.), *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, vol. II, La Ley, Madrid, 2011, pp. 115-141.
- S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008.
- J. M. ASECIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- A. CARRACEDO ÁLVAREZ, "ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal" en VV.AA. (J. L. Gómez Colomer, coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014,
- V. CARUSO FONTÁN, "Base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética", en *Foro, Nueva época*, vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 135-167.
<DOI: 10.5209/rev_FORO.2012.v15.n1.39585>
- R. CASTILLEJO MANZANARES, "La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal", en *Diario La Ley*, 8213, Sección Doctrina, 17 diciembre 2013, pp. 1-33.
<<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>>
- S. COSTA / H. MACHADO (Org.), *A ciência na luta contra o crime. Potencialidades e limites*, Húmus, Vila Nova de Famalicão, 2012.
- M. DE HOYOS SANCHO, "Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos" en VV. AA. (C. Arangüena Fanego, dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 152-181.
- J. DOS REIS BRAVO, "Perfis de ADN de arguidos-condenados. O art. 8.º, N.º 2 e 3 da Lei N.º 5/2008, de 12-02", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 1, Janeiro - Março, 2010, pp. 97-126.
- "Cooperação internacional em materia de prova genética", en *Revista do Ministério Público*, 138, Abril - Junho 2014, pp. 95-134.
- J. F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.
- S. FIDALGO, "Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16º, Nº 1, Janeiro - Março 2006, pp. 115-148.
- N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

⁸⁵Todas las fuentes bibliográficas relativas al ordenamiento jurídico portugués que se han utilizado en la elaboración de este artículo han sido recopiladas en el transcurso de una estancia de investigación en el Instituto Universitário da Maia (Portugal), llevada a cabo desde el 29 de junio al 14 de agosto de 2015. Para financiar los gastos de dicha estancia de investigación se ha obtenido la Axuda para Estádías en Centros de Investigación (2º prazo - Convocatoria de Axudas á Investigación 2015) de la Universidade de Vigo, otorgada por Resolución Rectoral de 9 de diciembre de 2015.

- M. I. HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.
- I. C. IGLESIAS CANLE, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.
- "La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad" en VV.AA. (N. González-Cuéllar Serrano, dir. y A. M. Sanz Hermida, coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006, pp. 175-202.
 - "Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN", en *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 2010, pp. 1-9. <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9>
 - "Intervenciones corporales y prueba de ADN: Libre valoración probatoria y argumentación jurídica" en VV.AA. (J. A. García Amado, P. R. Bonorino Ramírez, coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Comares, Granada, 2014, pp. 323-355.
- M. M. MAIO MADALENA BOTELHO, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2013.
- H. MONIZ, "Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 12, n.º 2, Abril – Junho 2002, pp. 237-264.
- "Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro" en VV.AA. (H. Machado / H. Moniz, org.), *Base de Dados Genéticos Forenses. Tecnologias de controlo e ordem social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 47-66.
- J. M. MORA SÁNCHEZ, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001.
- P. NARÉ AGOSTINHO, *Instruções corporais em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- I. T. M. PEDROSO DA SILVA, "A (I)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal", en *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 15, 2011, pp. 159-188.
- A. PEREIRA, "Bases de dados genéticos" en VV.AA. (M. F. Terra Pinheiro, org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 95-130.
- "Da prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório", en VV.AA. (M. De Fátima Pinheiro, coord.), *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética*, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 361-412.
- B. REVERÓN PALENZUELA, "El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y

- Marper c. Reino Unido)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 30, 2009, pp. 171-190. <<https://bioderecho.wordpress.com/numero-30/>>
- M. RICHARD GONZÁLEZ, "Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia", en *Diario La Ley*, 8445, Sección Tribuna, 19 de Diciembre de 2014, pp. 1-18. <<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>>
- C. M. ROMEO CASABONA, C.M. / S. ROMEO MALANDA, "Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal" en *Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 23, Aranzadi, Navarra, 2010.
- A. M. ROMERO COLOMA, "Pruebas biológicas de paternidad, colisión con derechos fundamentales y consentimiento de los progenitores", en *Diario La Ley*, 7158, Sección Doctrina, 21 de Abril 2009, pp. 1-29. <<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>>
- A. M. SANZ HERMIDA, "Deber de destruir las muestras de ADN y las huellas digitales tras la finalización de un proceso mediante sentencia absolutoria o archivo definitivo del mismo", en *Revista General de Derecho Procesal (Sección Derecho angloamericano)*, 18, 2009, pp. 1-14. <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9>
- B. SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, Tomo I, Rei dos Livros, Lisboa, 2010.
- H. SOLETO MUÑOZ, *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- J. M. SORIANO SORIANO, "La prueba pericial de ADN: problemas procesales" en VV. AA. (J. Saavedra Ruiz, dir.), *Jurisprudencia penal (2005-2007): Análisis crítico*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, D.L., Madrid, 2007, pp. 581-596.
- M. L. SUÁREZ ESPINO, *El derecho a la intimidad genética*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- VV.AA. *A Base de Dados de perfis de DNA em Portugal*, CNECV, Coimbra, 2012.