

Procesal Penal - España

25/09/2015 11:14:57 | Prueba de ADN

La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa

María Victoria Rodríguez Caro

Licenciada en Derecho y en Criminología. Máster en Sistema penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad. Abogada. Fiscal Sustituta

En los años 80 del pasado siglo XX con la posibilidad del cotejo del perfil genético como medio de identificación las técnicas de investigación policial experimentaron una revolución tan radical como cuando, a finales del siglo XIX se abrió paso el uso forense de la lofoscopia. Desde entonces la comparación de los restos biológicos que el autor desconocido ha abandonado en el lugar del crimen con el perfil genético del sospechoso ha servido para resolver graves casos de violación o asesinatos hasta entonces archivados por falta de autor conocido, pero también ha tenido la virtualidad de exculpar a quienes estaban cumpliendo condena por delitos ajenos. La toma de muestra de ADN al detenido y su inclusión en el registro policial requiere el consentimiento de éste o, en su defecto, resolución judicial motivada. Se discute la obligatoriedad para la validez de la prueba de que la manifestación de voluntad del detenido sea un consentimiento, además de informado, prestado con el previo asesoramiento y la asistencia de un abogado.

Normativa comentada

Arts. 18 y 24 Constitución Española

Arts. 326 y 363 Ley Enjuiciamiento Criminal.

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

Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de investigación tecnológica” (aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 13 de marzo de 2015).

I. Regulación de la materia

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

Pero un paso más venía impuesto por la misma necesidad de dar cobertura legal a la constitución de un registro de perfiles genéticos, semejante al de huellas dactilares de detenidos para su identificación, que quedan así “fichados”, porque en fichas se guardan las impresiones dactilares.

A tal fin se dictó la LO 10/2007, de 8 de octubre reguladora de la base de datos policial sobre

identificadores obtenidos a partir del ADN. A partir de tales registros, igual que ocurre con las huellas, se produce el cotejo de perfiles genéticos hallados en la víctima o el lugar del crimen con los perfiles genéticos que obran almacenados en el registro policial.

Sin embargo, a pesar de la semejanza aparente entre el registro policial de huellas dactilares y el de perfiles genéticos, como pone de manifiesto la STS nº 734/2014, de 11 de diciembre, no puede incurrirse en una banalización de la cuestión ni la extracción de muestras biológicas a los detenidos de manera sistemática convertirse en práctica policial rutinaria, como ocurre con la toma de huellas, con el único objetivo de formar una base de datos policial.

II. El ADN no son las huellas dactilares

Las huellas dactilares constituyen un método eficaz de garantizar la mismidad de un individuo en los diferentes ámbitos en que ello sea relevante, no sólo con repercusiones delictuales. Piénsese en las ventajas del registro de las huellas de un recién nacido.

Sin embargo, el ácido desoxirribonucleico no solo identifica sino que define al individuo, proporcionando información sobre el mismo que el sólo hecho de su almacenamiento provoca indiscutibles repercusiones en el ámbito de su intimidad (art. 18 CE).

Por ello la Exposición de Motivos de la LO 10/2007 exponía que en la misma se contiene “una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar– y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.”

A este respecto ha de precisarse que el ADN puede clasificarse como codificante, en referencia a los genes con información para la síntesis de proteínas, y no codificante, en referencia a las regiones de ADN cuya secuencia no aporta información directa para la síntesis de proteínas y por lo tanto de su estudio no se obtiene información alguna de las características físicas o fenotípicas del sujeto (predisposición individual de padecer enfermedades de base genética).

Los marcadores del ADN codificante son distintos en cuanto aportan una información excesiva e íntima del sujeto: su huella o herencia genética; rasgos físicos, enfermedades congénitas o predisposición a contraer determinadas enfermedades. El conocimiento de esta información afecta sin discusión a la intimidad de la persona.

El perfil del ADN no codificante consiste, en cambio, en una serie de números que confirman un código anónimo diferenciador, secuencia a través de la que no se puede descubrir ningún dato relativo al contenido genético de la persona. De hecho la información que aportan carece de valor hasta ser contrastada con otro perfil procedente de muestra dubitada. Por ello, a efectos de identificación, los análisis de la cadena de ADN a que se refiere la LO 10/2007 se ciñen al estudio de los marcadores del ADN polimórfico o no codificante, que solo contienen información sobre identidad y sexo de su propietario.

Sin embargo, la toma de muestras biológicas del individuo para el análisis del ADN polimórfico, o no

codificante, a efectos identificativos y la inclusión de éste en un registro policial, a diferencia de lo que ocurre con la toma y registro de huellas dactilares, puede afectar a la intimidad del mismo.

III. ADN y Derecho a la intimidad

La LO 10/2007 destaca que “los avances técnicos permiten hoy que la obtención de datos exclusivamente identificativos a partir de una muestra de ADN se pueda realizar de manera rápida, económica y escasamente limitadora de los derechos ciudadanos.” Por otra parte también los métodos de obtención de muestras biológicas son hoy mínimamente invasivos, pues basta introducir un bastoncillo en la boca del individuo para obtener un número de células suficientes de las que extraer el ADN polimórfico o no codificante.

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia nº 734/2014, de 11 de noviembre, como se anticipó, advierte que se está produciendo una “cierta banalización del alcance jurídico de las correspondientes intervenciones, desde el punto de vista de los derechos de la persona concernida... a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que este, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno del máximo de protección. Al igual que, por ejemplo, el domicilio, en tanto que espacio privilegiado de ejercicio de la intimidad, se encuentra igualmente tutelado frente a todo tipo de invasiones, incluidas las que pudieran producir un efecto banal en sus consecuencias últimas.” Incluso llega a expresarse en esta resolución que “la boca es una cavidad del cuerpo que se mantiene regularmente oculta frente a terceros; y en la que nadie consiente intromisiones ajenas, salvo con fines terapéuticos. Es, pues, un reducto íntimo del sujeto, al que, ya solo por eso, se extiende la garantía del art. 18 de la Constitución, que lo convierte en ámbito constitucionalmente protegido –STC 199/2013, de 5 de diciembre, 6º fundamento de derecho, con referencia al respecto al TEDH, sentencia de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper vs. Reino Unido–.” Llega a la conclusión, por tanto, de que nos encontramos ante una clara intromisión en el ámbito de la intimidad del investigado.

No puede, sin embargo, dejar de destacarse cierta contradicción entre este pronunciamiento y otro del Alto Tribunal próximo en fecha, la STS nº 709/2013, de 9 de octubre, conforme a la cual:

“1º) La toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos, entendidos estos como identificación genética de ADN no codificante (SSTS 1311/2005 de 14-10, 179/2006 de 14-2, 949/2006 de 4-10, y 151/2010 de 22-2), salvo levemente al derecho a la intimidad el cual puede verse limitado en aras a la investigación penal, incluso sin autorización judicial (registros o cacheos corporales policiales –SSTS 352/2006 de 15-3, 473/2005 de 14-4, 168/2001 de 9-2, 525/2000 de 31-1–).”

Comulgando en mayor medida con la posición del Alto Tribunal en esta STS nº 709/2013, debe en este punto recordarse que conforme al art. 18 de la Constitución Española, que garantiza los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, los párrafos 2 y 3, relativos a los ámbitos específicos del domicilio y las comunicaciones, prevén un plus de protección consistente en la exigencia de resolución judicial para cualquier injerencia que se produzca al margen del consentimiento del titular, garantía extra que no se contempla en los párrafos 1 y 4. La toma de muestras biológicas en todo caso debería enmarcarse en el ámbito del párrafo 1 del art. 18 de la CE, pareciendo desmesurado asimilar el caso a la inviolabilidad del domicilio del párrafo 2.

La puntualización no es ociosa. Paradigmática es la afirmación de que ningún derecho o libertad es absoluta y que los mismos no están exentos de limitaciones cuando concurra un fin legítimo que lo justifique. Es constante la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en torno a las exigencias de la intromisión legítima en la intimidad de los ciudadanos, entre las que no figura con carácter general que el consentimiento sea informado, es decir, asistido de letrado. Así, siguiendo la STC 199/2013, de 5 de diciembre (que resume la doctrina sentada en las SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3; y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad se concretan en los siguientes:

1º) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo;

2º) que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad);

3º) que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada, si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez como se dejó dicho, la ley puede autorizar a la policía judicial la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad;

4º) la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones:

a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);

b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);

c) finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

El art. 126 de la CE, art. 282 de la LECrim., art. 11.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el art. 14 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 marzo) en vigor desde el 1 de julio, sobre protección de la seguridad ciudadana, y especialmente el art. 547 LOPJ constituyen el marco legal que otorga a la Policía Judicial la función del auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes.

Éstos junto a la referida LO 10/2007, colman la exigencia de previsión legal con rango (reserva de ley orgánica –art. 81 CE–) y precisión suficiente para garantizar la seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad (calidad legislativa).

A este respecto la LO 10/2007, consciente del alcance de la medida, establece cautelas y garantías precisas en torno a, de un lado, los casos en que cabe la inclusión pues exige que se trate de delitos

graves y, “en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis, apartado 4 de la LECrim. en relación con los delitos enumerados” (art. 3.1), la obligatoria acreditación con que deberán contar los laboratorios que vayan a realizar los correspondientes análisis biológicos (art. 5), el período de la conservación de los perfiles identificativos en la base de datos (la Ley Orgánica fija unos períodos de cancelación cuya duración dependerá del tipo del delito y de la resolución judicial con que finalice el procedimiento penal) y, dada la naturaleza de la materia que regula el texto se inscribe en el marco de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos son de aplicación directa (Disposición Adicional Segunda).

Y estas previsiones se encuentran en consonancia con la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, destacando especialmente la reciente Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho de asistencia letrada en los procesos penales, cuya transposición está prevista en breve mediante el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en tramitación parlamentaria.

En este punto, se hace preciso distinguir entre la diligencia de investigación en el caso concreto y la inclusión del perfil determinado, tras el correspondiente análisis genético en el registro policial.

La concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo que justifique la injerencia es presupuesto insoslayable de la legitimidad de la diligencia que aquí se estudia. Y ese presupuesto sólo se da en el caso concreto, cuando existen vestigios que convenga analizar y confrontar con el perfil genético de un determinado sospechoso, frente al que concurren indicios que apunten a su participación y en el marco de la investigación de un delito de especial gravedad. Muy discutible sería la toma de muestras, por ejemplo, a todos los habitantes de un pueblo o de un barrio por el sólo hecho de su vecindad con la víctima. Igual de cuestionable, por indiscriminada, resultará proceder a tomar muestras a todos y cada uno de los ciudadanos que pasen detenidos por comisaría, sospechosos de algún delito de los comprendidos en el art. 3 de la LO 10/2007, aunque para la investigación concreta de ese delito no sea preciso ningún análisis y cotejo de ADN.

Lo que también se pone en tela de juicio es la conservación por la administración de tales datos genéticos, con independencia de la resolución final que haya podido recaer en el procedimiento del que trae causa la toma de muestra, es decir, aunque no haya recaído condena, y sólo con la finalidad de poder usarlo en un futuro para investigar delitos cuya conexión con el propietario del perfil almacenado es nulo, y sin que concurren elementos que en ese caso, permitan sostener un pronóstico de reincidencia. Cabe aquí cuestionar si concurre la vulneración del derecho art. 18.4 CE de autodeterminación informativa, precisamente por la ausencia de un fin constitucionalmente legítimo que justifique la injerencia.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper e. Reino Unido cuando reprocha la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso "con vestigios anteriores conservados en la

base de datos" (&116). La censura se realiza por tanto, a la conservación de los datos personales, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que "se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente" (§ 119).

Por su parte, la STC nº 135/2014, de 8 de octubre señala que

“la obtención de los caracteres identificativos del recurrente a partir del análisis de sectores no codificantes de su ADN se realizó para una finalidad constitucionalmente legítima, como es la investigación de un grave delito de homicidio y robo con violencia. Pues bien, 'el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución' (STC 292/2000, FJ 11). Pero es que tampoco consta que el perfil haya sido utilizado para una finalidad distinta de aquella para la que se recogió, ni que haya sido objeto de cesión o tratamiento distinto de aquél para el que se obtuvo, por lo que no apreciamos vulneración del derecho reconocido en el 18.4 CE.”

IV. Consentimiento Informado. Acuerdo no jurisdiccional 24 de octubre de 2014. Críticas

Como se ha querido poner de manifiesto aquí, la intromisión en el ámbito íntimo del afectado por la medida no resulta especialmente intensa, por lo que se estima es posible la actuación policial sin precisar autorización judicial, conforme a la doctrina constitucional expuesta. La referida STC nº 135/2014 ha señalado que “la Policía judicial podría proceder, de forma autónoma, a la toma directa de muestras y fluidos del cuerpo del sospechoso, siempre y cuando se obtuvieran mediante una intervención corporal leve (como, por ejemplo, la extracción de saliva mediante un frotis bucal), y el afectado prestara su consentimiento. El consentimiento actúa como fuente de legitimación constitucional de la injerencia en el ámbito de la intimidad personal y genética del afectado (STC 196/2006, FJ 5).”

La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, acerca de la obtención de muestras biológicas dice:

"Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Mientras que el art. 3 dispone que:

"La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento."

Se deduce, a sensu contrario, que el consentimiento del afectado excluye la necesidad de resolución judicial autorizante. Para ser considerado válido a los efectos de legitimar esa intromisión en la intimidad el consentimiento ha de ser consciente, libre y voluntariamente prestado, pero el planteamiento es si, además, es requisito que el detenido esté asistido por abogado al momento de prestar el consentimiento.

La STC nº 135/2014 que se viene comentando señala al respecto:

“Hemos afirmando que para que el consentimiento pueda calificarse de eficaz debe ser libre y voluntario (STC 211/1996, de 7 de marzo), y además, como pre-condición de validez, para que el consentimiento pueda ser considerado como libre y voluntario, debe tratarse de un consentimiento informado (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5). Según se desprende de las actuaciones, en el caso que nos ocupa, el carácter informado del consentimiento es una consecuencia que derivaría de la finalidad de la propia diligencia de investigación: la obtención de una muestra biológica para el posterior análisis pericial de ADN es una diligencia de investigación criminal. Su fin es obtener información (perfiles identificadores) que permita el esclarecimiento de hechos delictivos, pasados o incluso futuros (mediante la conservación de los mismos en una base de datos).”

La información debe ser proporcionada por los funcionarios de la Policía Judicial actuantes y deberá abarcar la naturaleza de la intervención que van a llevar a cabo (frotis bucal), la finalidad perseguida de obtención de ADN a efectos identificativos e igualmente la inclusión de tales datos en el registro policial, con los derechos que puede ejercer respecto a tal registro. A este respecto es preciso recordar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva "en aquellos casos en que la Ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente." (SSTC 32/2003 y 475/2004, y SSTS 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005, y 863/2008). E igualmente debe recordarse que, ni los arts. 326 y 363 de la LECrim., ni la Ley Orgánica 10/2007 que se vienen comentando, ni del art. 520 de la misma ley rituarial en su redacción actual (relativo al contenido de la asistencia letrada al detenido), deriva la exigencia de asistencia letrada en la diligencia de toma de muestras al detenido.

Pues bien. A pesar de ello, la Sala II del Tribunal Supremo, apenas unos días antes de la sentencia nº 734/2014 que se viene comentando, en concreto el 24 de octubre, celebró Pleno no Jurisdiccional para debatir sobre las siguientes cuestiones:

"PRIMERO: Si la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia del Letrado cuando el imputado se encuentre detenido

SEGUNDO: Si es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral."

Acuerdo

"La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción."

Sin embargo, tanto una como otra conclusión son objeto de críticas, incluso a través de los dos Votos Particulares[1] que contiene esa misma STS nº 734/2014.

En cuanto a la primera de las conclusiones, es decir, la necesaria asistencia de abogado al tiempo de consentir el detenido que se le extraigan muestras para análisis y cotejo de ADN, baste decir que si la LECrim. no exige asistencia letrada ni concurren exigencias constitucionales, las resoluciones que invaliden las pruebas obtenidas por falta de este requisito deberían ofrecer una explicación adicional acerca de la indefensión sufrida en el caso concreto por el afectado; y, en el caso de la STS nº 734/2014, la asimilación al consentimiento del detenido para la entrada y registro domiciliario admite cuestionamiento dado el diferente alcance de una y otra diligencia, ya que la toma de muestra no es más que el presupuesto material para el posterior análisis y cotejo, pericia en la que ya sí procede la intervención contradictoria de acusación y defensa, más cercana la toma de muestras, por tanto, a la prueba de alcoholemia, para cuyo consentimiento no es precisa la asistencia letrada.

Por otra parte el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia nº 135/2014, en un supuesto en el que a un detenido se le realizó un frotis bucal con un hisopo de algodón, con su consentimiento, práctica en la que no estuvo presente abogado ni se contó con autorización judicial, declaró que "el recurrente fue informado de su derecho a ser asistido de letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestra biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó la presencia de letrado", y concluyó desestimando la queja en relación con el derecho a la intimidad personal (arts. 18.1 y 4 CE), y el derecho a la asistencia letrada. Se estima así cumplidas las exigencias que derivan de los arts. 118, 520 y 767 de la LECrim.

Finalmente, en cuanto a la segunda de las conclusiones del Acuerdo no jurisdiccional, su aplicación es lo que sirve a la STS nº 734/2014 para anular la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que había excluido del acervo probatorio la pericial de ADN por falta de asistencia letrada en la toma de muestras consentida por el detenido. Es decir, la falta de planteamiento de la cuestión durante la instrucción por parte de la defensa es la que determina que la alegación en el plenario se considere extemporánea por contraria a la buena fe procesal (art. 11 LOPJ).

También en este aspecto puede ser cuestionado el acuerdo no jurisdiccional dado que no resulta tan extraño este argumento defensivo en un asunto en que la prueba de identificación genética ha resultado positiva, y por tanto puede considerarse previsible y exigible que las acusaciones depuren en la medida de lo posible las irregularidades de que puedan adolecer las diligencias en que se apoyen las pruebas de cargo. Máxime cuando, en un caso como el presente, hubiera bastado con proceder a requerir al acusado a fin de que prestara consentimiento para la toma de muestras nuevamente y, en caso de negativa, se obtuvieran éstas con la correspondiente autorización judicial.

V. Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y LO 1/2015 de reforma del Código Penal

El Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en la nueva redacción del art. 520.6 apartado c) recoge, entre las materias que conforman la asistencia letrada al detenido, y entre ellas la de informarle “de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, 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.”

El prelegislador en la redacción del Proyecto, que entre otros fines persigue la trasposición de la referida Directiva 2013/48/UE, ha ido más allá en el reconocimiento de garantías al detenido en la materia de la que aquí se trata ya que en la misma se recomienda a los estados miembros la asistencia letrada en el caso de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de los hechos, sin incluir la toma de muestras biológicas.

Finalmente, es preciso hacer referencia a que el legislador de 2015 ha introducido en el Código Penal de 1995 una nueva consecuencia accesoria en caso de condena por determinados delitos, los más graves, que no es otra que la inclusión a efectos de identificación del perfil genético del condenado en la base de datos policial cuando las circunstancias del caso (asesinos en serie, delitos sexuales, etc.) hagan presumir una futura reincidencia. Dispone el nuevo art. 129 bis:

"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."

En este caso la inclusión en el registro policial para futuros cotejos sí resulta justificada por la exigencia de un plus: no basta incluso con la condena sino que es precisa la concurrencia de indicios de peligro relevante de reiteración delictiva. En tal caso la injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa resulta legítima por el mayor peso del interés general en la persecución de delitos graves.

[1] D Perfecto Andrés Ibáñez, ponente que expresa la opinión de la mayoría, expone en Voto particular su discrepancia parcial: “Mi discrepancia versa exclusivamente sobre un punto muy preciso de la sentencia, que he redactado ajustándome en todo al criterio de la mayoría de la sala. Es el que se concreta en la imposición a las defensas de un límite temporal, ciertamente preclusivo, para argumentar con la ilicitud o ilegitimidad de algún medio o resultado de prueba.”

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre firma el segundo de los votos particulares: “En definitiva las conclusiones que debieron ser aceptadas en el Pleno de la Sala antes citado, deben concretarse:

1º. El consentimiento para la toma de muestras biológicas encaminada a la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justificó la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores a partir del ADN, no requiere la asistencia letrada.

2º. No obstante la falta de asistencia letrada permitirá al afectado ejercer, conforme a la legislación reguladora del derecho de protección de datos, los derechos de información, acceso y cancelación del asiento practicado.

3º. Los datos que obren en el Registro y no hayan sido objeto de cancelación podrán ser utilizados con fines de identificación en procesos penales ulteriores en los que la determinación del perfil genético resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria.

4º. En todo caso será válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la libertad y validez de esos datos en fase de instrucción.”