

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 734/2014

*RECURSO CASACION N°:*289/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Voto Particular

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla , Sección Cuarta.

Fecha Sentencia: 11/11/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: MGS

Robo con violencia, asesinato y daños.

La prestación del consentimiento del detenido a la obtención de material biológico para la determinación de su ADN no codificante con destino al registro policial, requiere asistencia de letrado.

El cuestionamiento de la validez de esa actuación de la policía, por parte de la defensa en otra causa, deberá producirse durante la instrucción, a fin de que la objeción pueda ser examinada contradictoriamente y para que resulte posible, en su caso, la práctica de alguna diligencia alternativa a solicitud de la acusación.

Nº: 289/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 03/06/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 734/2014

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, el día 13 de diciembre de 2013, recaída en

la causa Sumario ordinario 8430/2010 dimanante de Procedimiento Ordinario número 2/2010 del Juzgado Mixto número 2 de Marchena.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de partes recurrentes: El Ministerio Fiscal; y la acusación particular Victoria Ceferino Valdenebro y José Antonio Jiménez Félix, representados por el procurador Sr. Pérez Cruz; y como partes recurridas, Adi Dinu y Marius Lucian Cancea, representados por el procurador Sr. Pérez de Rada González de Castejón. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Mixto número 2 de Marchena, instruyó Procedimiento Ordinario con el número 2/2010, por delito de robo con violencia, asesinato y daños mediante incendio contra los siguientes acusados: Adi Dinu y Marius Lucian Cancea, y abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Cuarta dictó sentencia el día 13 de diciembre de 2013, con los siguientes hechos probados: "*PRIMERO. - Sobre las 19 horas del día 24 de noviembre de 2009 dos o más personas desconocidas intentaron penetrar en el recinto de la planta fotovoltaica denominada "Fotovoltajes Marchena", ubicada "en la parcela n.º 25 del polígono 29 del catastro rústico del término municipal de Marchena y propiedad de la empresa "Sur de Renovables, S.L.". Para acceder a la planta los asaltantes practicaron con herramientas adecuadas un agujero en la alambrada metálica que circunda el recinto, sin llegar a entrar en él, al ser puestos en fuga por el vigilante de seguridad de la planta, D. José Antonio Jiménez Ceferino, que se limitó a enfocarlos desde lejos con su linterna, lo que bastó para que huyeran.*

SEGUNDO.- Unas ocho horas después, siendo ya las tres de la madrugada del día 25 de noviembre de 2009, un grupo de personas en número indeterminado consiguió entrar en la planta fotovoltaica antes mencionada; sorprendiendo al vigilante, que se encontraba en ese

momento dentro del turismo de su propiedad. Los asaltantes rompieron con algún instrumento contundente las ventanillas de ambos lados del vehículo y sacaron al Sr. Jiménez Ceferino de su interior, comenzando a golpearlo con los instrumentos que portaban. El Sr. Jiménez Ceferino trató infructuosamente de protegerse del ataque, recibiendo golpes en la cara, brazo izquierdo, espalda y rodilla izquierda; hasta que los asaltantes consiguieron reducirle e inmovilizarle con las mismas esposas que portaba para su labor de vigilante. Estando en esa situación, uno de los asaltantes, con ánimo de acabar con su vida, clavó al Sr Jiménez Ceferino en el ojo derecho un instrumento punzante no determinado, con tal fuerza que su punta fracturó la base del cráneo y penetró en el tejido encefálico.

TERCERO.- Mientras el vigilante yacía exánime a resultas de la herida descrita, los asaltantes, usando las herramientas que portaban, cortaron los cables de cobre de la instalación fotovoltaica, extrayéndolos de las arquetas por los que discurrían y apoderándose de una gran cantidad de metros. Los cables sustraídos y los daños causados en la planta ascienden a un total de 21.448,83 euros. Los asaltantes sustrajeron además los dos teléfonos móviles que portaba el Sr. Jiménez Ceferino, uno suyo particular y el otro propiedad de la empresa de seguridad para la que trabajaba, “Uniformada, S.L.”

CUARTO.- Al marcharse de la planta, con los cables en su poder y abandonando a su suerte al Sr. Jiménez Ceferino, los asaltantes se llevaron también el vehículo propiedad del infortunado vigilante, un Dodge Caliber matrícula 7653 FWB, que más tarde incendiaron en un paraje denominado “Finca los Arroboneos”, sito a 900 metros de la autovía A-4, a la altura del km 518, término municipal de Carmona. El turismo, que quedó completamente destruido, tenía un valor venal de 10.200 euros.

QUINTO.- Sobre las 4:30 horas de esa misma madrugada el Sr. Jiménez Ceferino fue encontrado en el interior de la planta por un supervisor de la empresa de seguridad, que acudió al lugar alarmado

porque no respondiera a sus llamadas. El maltrecho vigilante fue trasladado con vida al Hospital Virgen del Rocío de Sevilla, donde a pesar de los cuidados médico-quirúrgicos que se le prodigaron falleció cuarenta días después, el 10 de enero de 2010, como consecuencia de un shock séptico secundario a un absceso cerebral, producido a su vez por la infección causada por la herida penetrante en la masa encefálica.

Además de la herida que le causó la muerte, el Sr. Jiménez Ceferino presentaba las siguientes lesiones: fractura de cúbito y radio del antebrazo izquierdo, de carácter defensivo; fractura de la rama derecha de la apófisis transversa de la quinta vértebra lumbar; heridas contusas en región ciliar derecha, región auricular derecha y labio superiora esta transfixiante, y erosiones en mano izquierda, rodilla izquierda y región pretibial izquierda.

El Sr. Jiménez Ceferino, de 32 años de edad, no tenía hijos y, convivía con sus padres, don José Antonio Jiménez Félix y doña Victoria Ceferino Valdenebro.

SEXTO.- una hora antes de que se produjera el primer y frustrado asalto a la planta fotovoltaica, el acusado Adi Dinu adquirió en una ferretería de Marchena una tijera corta—ramas de 80 cm, una sierra y dos hojas de sierra. Todas estas herramientas, y alguna otra similar, le fueron incautadas sobre las 23 horas del mismo día, cuando la furgoneta que conducía el acusado, en la que viajaban otras cinco personas indocumentadas, fue interceptada por una patrulla de la Guardia Civil, al salir a la carretera Marchena—Paradas desde un camino de servicio agrícola, en una zona próxima a la ubicación de la mencionada planta".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "*Que debemos absolver y absolvemos libremente por los hechos objeto de esta causa a los acusados Adi Dinu y Marius Lucian Cancea, declarando de oficio las costas causadas.*

Se declara, por notoria, la insolvencia de los acusados.

Firme que sea esta sentencia, librese oficio al Centro Penitenciario en que se encontraban los acusados al efecto del posible abono en otras causas de la prisión provisional sufrida en esta por los acusados absueltos".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal, y por la representación procesal de la acusación particular Victoria Ceferino Valdenebro y José Antonio Jiménez Félix, que se tuvo por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la mencionada sentencia, por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECrim en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal del artículo 24.2 CE y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa del artículo 24.2 CE.

5.- La representación procesal de Victoria Ceferino Valdenebro y José Antonio Jiménez Félix, basa sus recursos de casación en los siguientes motivos: Primero. Por vulneración de derecho fundamental por el cauce del artículo 5.4 LOPJ, por infracción del artículo 24 CE, esto es, por conculcación de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, a la utilización de los medios de prueba pertinentes y del derecho de defensa. Segundo.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal. Tercero. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por indebida inaplicación de los artículos 139.1 y 139.3 y 1490 y artículos 237, 242.1 y 242.3, todos ellos del Código Penal.

6.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, se ratifica en su escrito de interposición de recurso de fecha 18 de febrero de 2014. Instruidas las partes recurridas de todos los recursos interpuestos, solicitan la inadmisión de los mismos y subsidiariamente la desestimación e impugnación de todos los motivos alegados por los recurrentes. La Sala lo admitió quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 3 de junio de 2014. Dentro del trámite de este recurso, se suspendió la deliberación con objeto de someter al pleno del tribunal la cuestión relativa a la necesidad o no de asistencia letrada del detenido en la prestación de consentimiento para la obtención de material biológico al efecto de determinar su ADN no codificante para la inclusión del mismo en el registro policial. Este pleno se celebró el pasado 24 de septiembre; señalándose la fecha del 4 de noviembre para continuar la deliberación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal

Primero. Lo denunciado en un único motivo, por el cauce del art. 852 Lecrim, es infracción de precepto constitucional, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal (art. 24,1 CE) y del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para dar apoyo a su pretensión (art. 24,2 CE). Además, se dice, la sentencia de instancia infringe la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007, de 8 de octubre, que no exige preceptivamente la asistencia letrada en la prestación del consentimiento del detenido para la toma de muestras biológicas a fin de determinar el perfil genético e inscribirlo como ADN no

codificante en la base de datos policial. Por eso, a juicio del recurrente, la conclusión del tribunal de instancia, que se traduce en la absolución de los implicados en la causa, al entender que su identidad, como autores del delito objeto de persecución, no puede entenderse comprobada, resulta insostenible.

En el punto de partida del desarrollo del motivo se sitúa, en primer término, la afirmación de que el derecho a la asistencia letrada del detenido, constitucional, de configuración legal, puede incluso ser renunciado (art. 520,5º Lecrim), de lo que se sigue que podría prescindirse del mismo en algunos casos sin que el derecho de defensa como tal pueda considerarse vulnerado. Después, se subraya que la LO 10/2007 solo permite la toma de muestras biológicas para obtener el ADN no codificante, con un fin, pues que, por eso, la propia Exposición de motivos de aquella asimila al del uso policial de la huella dactilar.

En lo que hace al régimen jurídico de la toma de muestras biológicas a detenidos para la determinación del perfil genético no codificante y su inscripción en la correspondiente base de datos, se señala que la Recomendación R (92) 1, de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre utilización de los resultados del análisis del ADN, no contempla la asistencia letrada. Tampoco los arts. 326, último párrafo, 363, último párrafo y 778,3º Lecrim; ni la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007. Y —se explica— si la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN aprobó un formulario de toma de muestras a detenidos e imputados en el que se contempla la asistencia letrada fue en consideración de la sentencia de la Sala Segunda n.º 827/2011 que la contemplaba, pero sin pensar nunca atribuirle carácter retroactivo, y para el supuesto de que pudiera llegar a consolidarse ese criterio jurisprudencial.

El recurrente, partiendo del tratamiento constitucional del derecho a la asistencia letrada antes aludido, se detiene en el examen de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que guardan relación con él y en el

de 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, para concluir en el sentido de que no puede considerarse preceptiva esa asistencia para la obtención de muestras biológicas de detenidos, cuya previsión con ese carácter sí se recomienda a los estados miembros en el caso de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de los hechos.

Tras de un examen de los acuerdos de pleno y de la jurisprudencia de esta Sala Segunda, concluye en el sentido de que la asistencia letrada solo es exigible en los supuestos en que la ley lo prevea, y esta previsión no concurre en el caso de la prestación del consentimiento para la toma de muestras biológicas para la determinación del ADN no codificante, con destino al registro de referencia.

En fin, se hace ver que, en el derecho comparado, solo Italia y Colombia se han inclinado por esa exigencia. Y que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado al respecto.

A partir de tales consideraciones, la conclusión es que: a) la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal no afecta a ningún derecho fundamental; b) la asistencia letrada al detenido se limita legalmente a los interrogatorios y reconocimientos de identidad en rueda; c) la pericial sobre el ADN no es una diligencia de resultado netamente incriminatorio.

Por último, el impugnante discrepa también del tribunal de instancia en lo que se refiere a la conclusión de que, excluida la prueba del ADN, las demás de la causa fueran insuficientes para dotar de fundamento a la condena de los acusados.

Segundo. La incorporación de los avances de la tecnobiología al campo de la prueba penal, en concreto, del representado por la determinación y el examen del ADN a partir de los restos del material biológico eventualmente dejados por el autor o autores del delito en la víctima o en el escenario del mismo, ha supuesto un cambio de

trascendencia ciertamente revolucionaria en los procedimientos de investigación, suscitando, a la vez, interrogantes jurídicos de no pequeño calado.

De un lado, porque, en virtud de esas técnicas, el imputado se convierte en objeto pasivo de la averiguación probatoria, llevada a cabo ahora con medios extraordinariamente incisivos en su esfera más personal, en la medida en que están dotados de una capacidad de *hacer hablar* al cuerpo humano, en su materialidad, con una *locuacidad* inédita y en términos de una extraordinaria fertilidad informativa, que podría ser eficazmente de cargo.

De otro lado porque, precisamente por esto, tales medios y procedimientos inciden con la misma extraordinaria capacidad, en la esfera jurídica del sujeto, y podrían hacerlo prescindiendo incluso de su colaboración. Siendo así, es claro, comprometen sensiblemente la libertad personal, en todas sus implicaciones.

En el caso de las técnicas de investigación relacionadas con el ADN, concurre la circunstancia de que, al ser idéntico y único el de todas las células del organismo de cada individuo, y bastar una mínima cantidad de estas (en torno a diecisiete) para llevar a cabo una determinación, además, susceptibles de obtenerse por procedimientos no particularmente invasivos, puede incurrirse en una cierta banalización del alcance jurídico de las correspondientes intervenciones, desde el punto de vista de los derechos de la persona concernida.

Esto es algo que, cabe decir, sucede con frecuencia, tratándose del ADN no codificante, el utilizado con fines puramente identificativos. Y es lo que ha llevado en ocasiones a una cierta equiparación de su obtención con el recurso a la técnica lofoscópica con la misma finalidad. Pero este es un modo de argumentar ciertamente reductivo, ya que no toma en consideración la real trascendencia de las aportaciones de la genética de que se trata, su verdadero alcance.

En efecto, pues, 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.

En el caso de que aquí se trata, cuando el procedimiento de extracción del material biológico se concreta en la simple introducción de una torunda en la boca del sujeto, la sencillez de esta técnica no puede llevar a desviar el verdadero objeto de la atención. Verdad es que, con esta intervención corporal, lo que se requiere del afectado no es tanto un *facere* como un *pati*, que demanda una mínima colaboración, de la que no se derivará efecto negativo alguno para la integridad física y, menos aún, para la salud. Y verdad también que, al contrario de lo que sucede, por ejemplo en el supuesto de las extracciones de sangre, tal actuación no quiebra y ni siquiera altera objetivamente los límites del organismo con el exterior, pues no establece entre ambos ningún tipo de continuidad.

Pero, de una parte, lo cierto es que, como se lee en la sentencia de instancia, 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*). Y, por otro lado —no importa insistir— ese primer objeto de tutela está, aquí, en estrechísima relación con ese otro, ciertamente nuclear de la persona, representado por su patrimonio genético. Por eso, la relevancia

jurídica de una intervención como la que se considera, no puede abordarse únicamente bajo el prisma del grado de afectación de la región anatómica concernida; ni tampoco medirse por el significado práctico del objeto final perseguido (la comparación de ciertos datos a efectos de la sola determinación de la identidad); sino que debe evaluarse la calidad, sensibilidad y potencial trascendencia del caudal de datos al que aquella franquea objetivamente el acceso. Tanto que, en la sentencia del Tribunal Constitucional que acaba de citarse (mismo fundamento de derecho), que también en este punto se remite a la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, se lee que “la cantidad de información personal contenida [en las muestras celulares] conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN”. Porque “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”. Es así, en efecto, debido a que la incorporación de algún segmento de aquellos perfiles a una base de datos policial constituye una suerte de *preconstitución de prueba a perpetua memoria*, eventualmente de cargo, de particular relevancia; en contra de quien, por eso, accederá a una genérica y abierta condición de sospechoso. Porque tal es el fin de ese modo de operar, y no, como a veces se dice, la innecesaria identificación de alguien, que ya está perfectamente identificado en la causa en la que se toma la muestra biológica para la determinación del ADN no codificante y su incorporación al registro policial.

Por eso, y por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, el consentimiento del afectado detenido debe ser consentimiento asistido (por todas, SSTS 96/1999, de 21 de enero y 1962/2001, de 23 de octubre). En efecto, pues se trata de una garantía

potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser inculpativo, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio. Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria, ya se ha dicho, importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole.

En los casos que aquí se contemplan, este criterio tiene indudable respaldo legal, en la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007, que prevé que, en defecto de consentimiento del afectado, se precisará autorización judicial. Pues, no hay duda: un consentimiento que, a juicio del legislador, tiene que suplirse de forma tan garantizada, es porque deberá ser consentimiento informado, consciente y libre. Tal es también, en general, el punto de vista de este tribunal, en lo relativo a la validez del consentimiento prestado por el detenido, cuando de él depende la afectación a alguno de sus derechos fundamentales. Y esta es igualmente la opción acogida por el prelegislador de 2013, que en el art. 284 de la *Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que regula las “Intervenciones corporales”, prevé que “las que tengan por objeto la toma de muestras destinadas a la práctica de análisis médicos o biológicos y que no exijan acceder a zonas íntimas [...], si el sospechoso] se hallare cautelarmente privado de libertad, el consentimiento habrá de prestarse con asistencia y previo asesoramiento de letrado”.

Consecuentemente, es asimismo el criterio acogido en sentencias de esta sala de n.º 685/2010, de 7 de julio y 827/2011, de 25 de octubre, en el sentido de “la exigencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético”. Es lo que explica el énfasis advertible en dos expresivos pasajes de la segunda. A saber, el que resalta “la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos

para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva”, dado que la incorporación al registro policial “no es cuestión menor”. Y el que reza: “En suma, *conviene insistir* en la exigencia de la asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesario para la definición de su perfil genético”.

Y, en fin, este es asimismo el criterio acogido por el pleno no jurisdiccional de esta sala, en acuerdo de 24 de septiembre de 2014: la toma de muestras para la práctica de la prueba del ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido.

Se trata de un requisito *sine qua non* de validez de la actuación, que no concurrió en este caso, como resulta de la misma sentencia de instancia y de los antecedentes documentados en la causa, a los que se refiere, con particular rigor analítico.

Así las cosas, y puesto que la toma de material biológico de los acusados para la determinación de su ADN no codificante y la posterior inclusión de este en la base de datos policial, no se ajustó a ese requerimiento, en principio, los correspondientes asientos tienen que darse por inexistentes, y lo mismo el posterior cotejo y su resultado.

Tercero. Ahora bien, el acuerdo del pleno al que acaba de aludirse contiene un segundo pronunciamiento según el cual, la protesta de invalidez de la inclusión en el registro, igualmente aludida, del ADN de un sujeto, basada en la falta de asistencia letrada a este en el momento de prestar su consentimiento para la obtención del material biológico con esa finalidad, solo será atendible y producirá efectos en otra causa cuando ese cuestionamiento se haya producido durante la fase de instrucción.

En realidad, este acuerdo tiene idéntico fundamento de principio que el de fecha 26 de mayo de 2009, según el cual, cuando la legitimidad

de la información de cargo obtenida merced a un medio probatorio, dependa de la de los antecedentes de este producidos en otra causa, el interesado en cuestionarla deberá hacerlo en un momento procesal que permita someter el asunto a un debate contradictorio.

La razón de ser de esta exigencia —expresada, entre otras, en SSTs 605/2010, de 24 de junio, 151/2010, de 22 de febrero y 107/2003, de 4 de febrero— es doble. En efecto, pues por un lado guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrado en el art. 11,1º LOPJ, que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales. Y, por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la Disposición adicional tercera de la Ley orgánica 10/2007 el recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que la defensa del acusado Adi Dinu, en su escrito de defensa (folios 108 ss. del rollo de sala), impugnó la documental (folios 338 ss. de la causa) consistente en el Informe biológico del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, por no constar debidamente acreditado el método utilizado para llegar a las conclusiones que allí se expresan, ni en base a que datos objetivos se efectuó la valoración, y por no haberse respetado en su elaboración las garantías legales. Luego, en el trámite de cuestiones previas (folio 249 del rollo de sala), ambas defensas impugnaron el modo de obtención del material biológico de aquellos que permitió la incorporación de su ADN no codificante al registro policial.

Entiende el tribunal de instancia que el utilizado por las partes fue un tiempo procesalmente hábil, como apto para permitir que la controversia suscitada por la objeción de las defensas hubiera podido desarrollarse con respeto de las reglas de la buena fe procesal. Pero siendo esto cierto, lo es también que, en cambio, concluida la instrucción y dentro ya del juicio oral, en ese momento, no cabía el recurso a la alternativa legal

a la que acaba de hacerse referencia. Y tampoco la práctica de otras posibles diligencias de interés para las demás partes en la materia.

Así las cosas, y en este segundo sentido, debe estimarse la impugnación; y, en consecuencia, casarse y anularse la sentencia para que el tribunal de instancia, retrocediendo en las actuaciones, dicte otra incluyendo la prueba genética en el cuadro probatorio.

Recurso de Victoria Ceferino Valdenebro y José Antonio Jiménez Félix

Primero. Lo denunciado, por el cauce del art. 5,4 LOPJ es infracción del art. 24 CE, por la conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes y del derecho de defensa. Ello por la renuncia de la sala de instancia a valorar la prueba de identificación de los acusados mediante el ADN.

Pero la estimación del recurso del fiscal, en el aspecto que acaba de señalarse, que obliga a aquel tribunal a tomar en consideración lo aportado por ese medio de prueba, hace que, en lo esencial de su contenido, este motivo deba considerarse estimado.

Segundo. Lo alegado es error en la apreciación de la prueba, de los del art. 849,2º Lecrim. El argumento es que la asistencia de letrado no sería necesaria para la validez del consentimiento de los acusados a la obtención del material biológico preciso para la determinación de su ADN.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde “documento” es, en general,

una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

El planteamiento del motivo no se ajusta en absoluto a los requerimientos del precepto en el que pretende apoyarse, y, por ello, tiene que ser desestimado.

Tercero. Lo aducido es infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim, por inaplicación de los arts. 139,1º, 140, 237 y 242.1 y 3, todos del Código Penal; que tendrían que haber sido aplicados, se dice, para dictar una sentencia condenatoria contra los acusados.

El formulado es un motivo de infracción de ley y, en consecuencia, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos probados en un precepto penal.

Pues bien, lo que resulta de los hechos probados es que en efecto, José Antonio Jiménez Ceferino fue objeto de acciones violentas, determinantes al fin de su fallecimiento, que tendrían encaje en las previsiones legales citadas; pero lo cierto es que en los mismos no figura dato alguno de identidad que permita poner aquellas a cargo de los acusados. En consecuencia y puesto que es al tenor de ese relato a lo que hay que estar, el motivo no puede estimarse.

III. FALLO

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se casa y anula la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, para que por la misma sala, retrocediendo en las actuaciones de la causa, se dicte otra en la

que, incluyéndola en el cuadro probatorio, se valore también la prueba genética relativa a ambos acusados.

Se estima el primer motivo del recurso de casación formulado por Victoria Ceferino Valdenebro y José Antonio Jiménez Félix y se desestiman los otros dos.

Declaramos de oficio las costas causadas en los presentes recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde-Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Francisco Monderde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/11/2014

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia n° 734/14, de fecha 11 de noviembre de 2014, que resuelve el recurso n.º 289/2014.

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.

Mi criterio es que, tratándose de un proceso acusatorio y contradictorio, el planteamiento de una alegación de esa índole, como el de cualquier otra de naturaleza puramente discursiva y no necesitada de alguna actividad probatoria de sustento, debe producirse, naturalmente, dentro del juicio y, como momento-límite, en los informes. Y tal es, según creo, la única exigencia que cabe.

El método contradictorio, controversial y dialógico, es, como bien se ha dicho, la escenificación de una estructura argumentativa. De un curso dialéctico que se inicia por el que acusa, sobre quien pesa —*en exclusiva*— la carga de aportar todos los datos probatorios y producir todas las alegaciones necesarias para la confirmación de su hipótesis. Así, si como cabe esperar, el que asume ese papel tiene interés en que prevalezca su posición, deberá dotarla del más acabado fundamento, hasta, idealmente, el extremo de no dejar ningún cabo suelto, o, lo que es igual, probando con eficacia todo lo que haya que probar.

Donde acaba el momento lógico de la acusación, se inicia el de la defensa, que, a su vez, tiene el derecho de (y está prácticamente obligada a) poner a contribución y rentabilizar todos sus recursos. Es obvio que atendiendo a su interés y con el fin de desmontar el planteamiento de la contraparte.

Pues bien, dentro de este marco, será cada sujeto procesal quien diseñe su propia estrategia y administre sus medios de prueba y

argumentales, con sujeción a las reglas procesales y observando las propias de la argumentación racional. Y sucede que ni unas ni otras imponen a la defensa el deber de informar por adelantado a la acusación acerca de los recursos de los que piense hacer uso. Es esta la que, por su iniciativa y bajo su exclusiva responsabilidad, habrá de prevenir todas las posibles reacciones del contrario.

Así, en un caso como el de esta causa, el fiscal debería haber previsto la eventualidad (por lo demás nada extraordinaria) de una impugnación como la que en efecto se produjo. Del mismo modo que el acusador interesado en hacer valer en una causa las interceptaciones telefónicas practicadas en otra, tendrá buenas razones para esperar algo tan previsible como el cuestionamiento basado en la ausencia de alguna documentación relativa a las mismas.

Por eso entiendo que exigir a una defensa que exponga *sus cartas* a tiempo de que la acusación pueda prevenirse frente al uso posible de ellas, no es una cuestión de lealtad, sino que equivale a imponerle una actitud procesalmente suicida. Un —dialéctica y procesalmente aberrante— deber de colaboración con aquella en propio perjuicio. De aquí mi discrepancia con la segunda parte del acuerdo del pleno al que se hace mención y se aplica en la sentencia y mi criterio de que los recursos de las acusaciones tendrían que haberse desestimado en su totalidad.

Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/11/2014

Voto particular que formula el magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, a la sentencia número 734/2014, dictada en el recurso de casación 289/2014.

Coincidiendo con la mayoría en el pronunciamiento recaído en la sentencia en cuanto supone estimación parcial del recurso interpuesto, discrepo respetuosamente en relación a la exigencia de que el consentimiento del acusado detenido para la practica de prueba de ADN y su inclusión en la base de datos policial, precise de asistencia letrada conforme el acuerdo del Pleno de esta Sala de 24.9.2014.

Como premisa de partida desde el punto de vista funcional es necesario precisar 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 intima 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 de los 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 debitada.

Por ello, a efectos de identificación los análisis de la cadena de ADN se ciñen al estudio de los marcadores del ADN polimórfico o no codificante, que solo contienen información sobre identidad y sexo.

De ahí la necesidad de la LO. 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificados obtenidos a partir del ADN, cuya promulgación se justifica en el apartado 1º de su preámbulo, de la siguiente manera: en el año 2003, y mediante lo dispuesto en la Disposición Final Primera LO. 15/2003 de 25.11, de modificación del CP, se reformó la LECrim, a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación. La nueva redacción dada a los arts. 326 y 363 LECrim, consistió, esencialmente, en regular la posibilidad de obtener ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación.

Sin embargo la reforma no contempló otros aspectos importantes, como la posibilidad de crear una base de datos en la que de manera controlada e integral, se almacenase el conjunto de los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que pudieran ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos. Estas carencias, unidas a otros factores de naturaleza diversa, ponen de manifiesto la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para la investigación de determinados delitos.

Bien entendido que, en consonancia con lo razonado ut supra, la LO. 10/2007, solo permite la toma de muestras biológicas para obtener el

ADN no codificante que es el que se inscribe en tal Base de Datos a los solos efectos de identificación y sexo.

En efecto en la Exposición de Motivos de la Ley se indica: “... Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que solo podrán ser suscritos 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**”. Y en el art. 4 de la Ley se insiste en que **solo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en la Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionan exclusivamente información reveladora de la identidad de la persona y su sexo (ADN no codificante) pero no los perfiles que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.**

Efectuada esta precisión previa a los efectos de la cuestión planteada hemos de partir de una distinción que considero fundamental: una cosa es la obtención de ADN identificativo para comparar en la averiguación de un delito concreto en el que tal dato puede ser primordial, al ser el detenido sospechoso y haberse encontrado restos biológicos en el lugar de los hechos o en la víctima, y otra cosa es la obtención de aquel ADN de un detenido, con su consentimiento, para elaborar una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención.

En este ultimo caso se puede sostener, conforme la STS. 709/2013, de 9.10:

“ 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).

Según esta jurisprudencia, las intervenciones corporales levísimas (como es el frotis bucal) no afectan al derecho a la integridad física y tampoco al derecho a la intimidad cuando por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar (en este caso, la mera identificación genética de ADN no codificante), este derecho no resulte afectado.

Es irracional pensar, como se recoge en la sentencia impugnada (Fundamento de Derecho Sexto, pág. 18), en contra de la jurisprudencia reseñada e incluso la más reciente —STS -2^a 151/2010- que esta toma de muestras afecta al derecho a la integridad física, olvidando que ésta tiene un contenido más trascendente que el mero desprendimiento del frotis bucal de unas microscópicas células, las cuales con frecuencia se desprenden del cuerpo humano sin ninguna intervención corporal en el procedimiento permanente de regeneración celular que tiene el organismo humano.

Por tanto, no resulta aplicable la jurisprudencia que extendió la asistencia letrada a la prestación del consentimiento del detenido para la entrada y registro porque aquélla contemplaba la injerencia clara en un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio (cfr. Art. 18.2 CE).

La LO 10/2007 tanto en su exposición de motivos, que compara la huella genética con la huella dactilar, como en su articulado, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la inscripción *en* la base de datos de ADN no codificante a los solos efectos identificativos (cfr. art. 4), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan revelarse otros datos genéticos (*v.gr.* enfermedades, antecedentes familiares, etc.).

El que la ley reguladora de la base de datos tenga carácter de Ley Orgánica en parte de su articulado (cfr. Disposición final segunda) sólo

debe interpretarse bajo la óptica de la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81 CE, por cuanto su regulación afecta al desarrollo del derecho a la intimidad como así se recoge en los debates parlamentarios de la Ley, si bien lo hace estableciendo las cautelas para su salvaguarda.

Precisamente por ello, si se aplica en los términos que está regulada (v.gr disp. adic. 3a, para la toma de muestras) no existe vulneración alguna de ese derecho a la intimidad. La Exposición de Motivos de la LO 10/2007 afirma taxativamente que: «Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración al 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».

El art. 2 de la Declaración internacional de la UNESCO sobre datos genéticos humanos, aprobada por unanimidad el 16 octubre 2003 distingue los procedimientos invasivos (que implican intrusión en el cuerpo humano, como la extracción de muestra de sangre con aguja y jeringa) de los no invasivos (por ejemplo, frotis bucales). Estas últimas diligencias no reportan ningún perjuicio físico.

Asimismo en este punto no resulta ocioso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la supuesta vulneración de los derechos a la intimidad protección de datos al considerarse prueba de cargo una muestra de ADN tomada sin autorización judicial y sin consentimiento del interesado de forma subrepticia —por ejemplo cigarrillos arrojados por éste en el calabozo donde se hallaba detenido otros hechos- SSTC. 43/2014 de 27.3, 13/2014 de 30.1, en el sentido de:

En la reciente STC 199/2013, de 5 de diciembre, tras recordar la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre;

196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero; y 206/2007, de 24 de septiembre), así como a determinados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ponen de manifiesto que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S. y Marper e. Reino Unido*; y decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso *Van der Velden e. Países Bajos*), concluimos que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo supone una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (FJ 6 *in fine*).

Ahora bien, afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa la cuestión en la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). Y así, en la primera de las resoluciones citadas, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justificase la injerencia apreciada, el Tribunal Europeo se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado — conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos— de aquellos otros casos en los cuales "la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido" (§ 100). El reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirige a 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" (§ 1 19). A su vez, en la decisión de inadmisión anteriormente citada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada, prevista legalmente, resulta razonable en atención a que se impone a los condenados por delitos de cierta gravedad y que, a la postre, podría incluso beneficiarles al favorecer su exclusión de una eventual lista de sospechosos.

Por nuestra parte, 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, señalamos que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); 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, 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) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 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); y, 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)" (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7).

a) Comenzando por la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, "ya hemos dejado constancia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S. y Marper e. el Reino Unido*, § 100)" (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8). En el caso analizado la prueba pericial de obtención del ADN no codificante, que no permite la obtención de otros datos que los meramente identificativos, se produjo con la finalidad de ser comparado con los restos hallados en una prenda utilizada en la realización del hecho delictivo, teniendo como único objeto la averiguación de la persona que había utilizado la mencionada prenda en la perpetración de aquél, de muy intensa gravedad, como son los dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y otro de daños, por lo que no cabe duda alguna de la concurrencia de un fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.

b) Por lo que se refiere a la cobertura legal de las diligencias periciales practicadas por la policía judicial, hemos de partir, como hace la STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9, de que habiendo ocurrido los hechos antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquélla cobertura se encuentra en los arts. 282 y 363 de la Ley de enjuiciamiento criminal y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, en cuanto, de una parte, se trata de uno de los informe técnicos y periciales a los que se refiere el apartado g): de otra, su práctica se acomoda con naturalidad a la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador, esto es, para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores; y, finalmente, porque la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, a la que luego nos referiremos, admite una relativa relajación de las exigencias de

taxatividad en la norma que presta cobertura a aquella exigida por el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así lo hemos afirmado, con cita de la STEDH en el caso *Sociedad Plon contra Francia*, de 18 de mayo de 2004, en nuestra STC 34/2010, de 19 de julio, con respecto a la menor injerencia que supone el carácter temporal de las medidas cautelares limitativas de un derecho fundamental (en el caso, los reconocidos en el art. 20.1 CE).

c) En cuanto a la necesidad de autorización judicial, concluimos en la repetida STC 199/2013, de 5 de diciembre, que aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho del demandante a la intimidad personal, por las siguientes razones, expresadas en su fundamentó jurídico 10.

En primer lugar por la escasa, cuando no nula, incidencia material en la intimidad personal del demandante, que habría consistido en el riesgo de que el análisis de ADN fuese más allá de la mera identificación neutra, dada la naturaleza meramente identificativa del perfil genético obtenido a partir de los sectores no codificantes del ADN. En ningún momento de la demanda se explicita información alguna que haya sido revelada a través del análisis identificativo practicado que haya comprometido o pudiera comprometer la intimidad del demandante. Se pone así en evidencia que la lesión contra la que se pretende reaccionar derivaría de la conservación y utilización futura de perfiles del ADN obtenido a partir de la muestra tornada, pero no de la comparación neutral y exclusivamente identificativa del perfil de ADN del demandante con el extraído de los vestigios del delito investigado. De este modo, aun cuando cabe admitir que el peligro de futuros usos desviados del perfil de ADN del demandante podría eventualmente constituir una injerencia en la intimidad personal por el mero riesgo, huelga ahora realizar toda consideración al respecto en el seno de un proceso de amparo como éste en la medida en que no es el supuesto concretamente analizado. Tal es también el presupuesto del que parte la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el *caso*

Maryland v. King, de 3 de junio de 2013 (identificación del autor de un delito de violación a partir del análisis del ADN de quien fue detenido como sospechoso de otro delito grave posterior) al afirmar taxativamente que los marcadores utilizados para la identificación del ADN "están situados en partes no codificantes del ADN que no revelan las características genéticas del detenido. Si bien la ciencia siempre puede avanzar y esos progresos pueden llegar a tener trascendencia desde la perspectiva de la cuarta enmienda, los alelos en los marcadores CODIS no suministran actualmente otra información que la relativa a la identidad del sujeto." En definitiva, la limitada incidencia que el análisis de ADN que se pretendía realizar y efectivamente se llevó a cabo tuvo en el derecho a la intimidad del demandante tolera en el caso concretamente analizado la omisión de la autorización judicial en un ámbito en el que, como hemos ya advertido, no constituye una exigencia constitucional directa.

En segundo lugar porque la actuación pericial, al ceñirse a las regiones de ADN no codificante, se ajustó a los estándares proporcionados por la normativa nacional e internacional reguladora del uso forense del ADN con lo que asegura que no se va más allá de la identificación neutral del sujeto. Tal normativa estaba constituida a la sazón por la Resolución del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2001/C 187/01) —actualizada luego por la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009—, por la cual 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 que no contengan información sobre características hereditarias específicas. En el correspondiente anexo se especifican y enumeran los marcadores de ADN respecto de los que no se tiene constancia de que contengan información sobre características hereditarias específicas, recomendando a los Estados miembros que estén vigilantes a los avances científicos y preparados para borrar los resultados de análisis de ADN si dichos resultados contienen

información sobre características hereditarias específicas. En el ámbito internacional, el Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria 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 2005 ("BOE" núm. 307, de 25 de diciembre de 2006), obliga a los Estados parte a servirse "exclusivamente de perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN".

En tercer lugar, porque aun cuando el análisis jurídico de las cuestiones suscitadas exige un estudio individualizado de las distintas fases de la actuación policial controvertida, no puede desconocerse que las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad requerían una actuación urgente. Así, la eventual eficacia probatoria de los restos biológicos contenidos en el cigarrillo requería su rápida recogida, su urgente remisión a los laboratorios adecuados para su conservación y su pronto análisis, evitando todo riesgo de degradación de la muestra, contribuyendo a asegurar la cadena de custodia y minorando las posibilidades de contaminación de la muestra mediante el tratamiento de la misma siguiendo los protocolos ordinarios de actuación.

En cuarto lugar, porque el conjunto normativo entonces vigente, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales respecto de los que la Constitución y la Ley de enjuiciamiento criminal sí exigen resolución judicial que autorice las injerencias en los mismos (arts. 18.2 y 3, y 20.5 CE), no prevé expresamente la intervención judicial con carácter necesario.

En quinto lugar, porque la merma del control judicial que podría haberse derivado de la falta de autorización judicial se vio desvanecida por la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo realizado tan pronto como estuvo disponible, momento a partir del cual la autoridad

judicial se encontraba en disposición de realizar por sí el juicio de ponderación sobre la diligencia pericial efectuada, así como de acordar la práctica de un nuevo análisis o de completar el ya realizado, bien por propia iniciativa o bien a solicitud de la representación procesal del demandante de amparo. A diferencia de lo que acontece con pruebas irrepetibles, como las intervenciones telefónicas, el carácter pericial de la diligencia practicada y la disponibilidad de las muestras a analizar hacen que la pericia pueda no sólo ser sometida a debate en cuanto a sus conclusiones, sino que incluso pudiera ser reiterada con autorización judicial.

d) Por último, el respeto al principio de proporcionalidad de la medida enjuiciada exige tal como ya hemos avanzado, constatar que la medida adoptada sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que sea 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).

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a afirmar el respeto al principio de proporcionalidad en la realización del análisis de ADN del demandante de amparo toda vez que: i) su comparación con el obtenido a partir del resto biológico hallado resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de este último (idoneidad); ii) no existía un medio alternativo para comprobar si el demandante había participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad); y finalmente el modo en el que el análisis del ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto sólo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellas que tan sólo proporcionan datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra, excluyéndose por ello la revelación puesta de manifiesto de toda

característica personal que afectase a la intimidad personal. Es decir, la injerencia en el derecho fundamental consistió en el riesgo de comprometer la intimidad personal del demandante de amparo, riesgo que no llegó a materializarse (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 1.1).

Doctrina que, sin ningún impedimento en cuanto a la no lesión del derecho a la intimidad, puede ser aplicada a los casos en que la muestra se obtiene directamente de un detenido con su consentimiento — no para surtir efectos en ese proceso — por cuanto la otra posible perspectiva de afectación del derecho a la intimidad, en cuanto derecho de la autodeterminación informativa o intimidad genética, por la inclusión en la base de datos, queda suficientemente salvaguardada por el consentimiento informado en el que se explican la cesión de datos y los derechos de cancelación, rectificación y acceso a los datos en la forma establecida en los arts. 7 y 9 LO. 10/2007 y conforme a la Ley 15/99, de 13.12 de protección de datos de carácter personal.

2º) cuestión distinta es si el consentimiento para extraer muestras biológicas mediante frotis bucal a los efectos de la obtención del ADN no codificante requiere asistencia letrada. Es cierto que obiter dicta diversas sentencias de esta Sala Segunda, SSTS. 685/2010 de 7.7, 353/2011 de 7.7, 827/2011 de 25.10, se refieren a que en caso de detenidos es necesario que éstos cuenten con asistencia letrada para prestar el consentimiento, aun cuando la STS. 1204/2012 de 14.2 recuerda que el Tribunal supremo solo se ha pronunciado sobre la cuestión de la validez probatoria de la pericia cuando la muestra ha sido obtenida sin la intervención de un letrado asesor del imputado de forma más bien incidental, sin tener en cuenta en ninguna de ellas la validez probatoria de la pericia cuando la muestra ha sido obtenida sin intervención de letrado al no ser la misma la prueba incriminatoria de cargo.

Por ello, parte de la doctrina, recordando 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).

Siendo así la asistencia letrada al detenido se limita legalmente al interrogatorio y el reconocimiento de identidad entendiéndose estos últimos como reconocimientos en rueda y no como las identificaciones policiales derivadas, por ejemplo, de la huella dactilar. Extender esta asistencia letrada a la reseña dactilar o fotográfica es tan improcedente como a la reseña genética.

La toma de muestra de ADN no codificante no es un interrogatorio ni un reconocimiento de identidad (ver, por ejemplo, la forma analógica jurisprudencial Tribunal Constitucional sobre pruebas de alcoholemia, desde la STC. 103/85 de 4.100 y STS. 151/2010 de 22.2).

La toma de muestras de ADN solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial.

Por ello, no es equiparable a la asistencia letrada al detenido cuando se le solicita el consentimiento para la entrada y registro domiciliario, que la jurisprudencia exige porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar a la articulación de su defensa en ese concreto proceso penal en que está detenido, por lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y el alcance del acto de naturaleza procesal que realiza (STS. 2.12.98), insistiéndose en que si la asistencia de letrado es necesario para que éste preste declaración estando detenido también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o

"la coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan" (SSTS. 831/2000 de 16.5).

La posible aplicación analógica de la doctrina de esta Sala sobre la necesidad de asistencia letrada en exploraciones radiológicas de personas detenidas para la validez de su consentimiento —cuya no aplicación a la toma de muestras de ADN censura la sentencia recurrida- precisa de alguna matización.

Así en primer lugar esta Sala tiene declarado —por todas STS. 1579/2005 de 22.12- que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles -en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo- no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente ésta previamente se haya practicado. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza -como en este caso- voluntariamente, a instancias de los Agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose éste voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulación propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el Agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realización decida entonces el Agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado detenido previamente. Será entonces cuando, por su condición de detenido, resultará inexcusable la previa información de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido se somete voluntariamente al examen radiológico.

Por otra parte desde la perspectiva propia de la actividad probatoria tampoco la asistencia letrada es condicionante de la licitud del examen radiológico voluntario, por lo mismo que este examen carece por sí solo de valor alguno, más allá de la pura utilidad que representa para el posterior encauzamiento de la investigación policial. Será actividad probatoria en su caso el testimonio posterior de los Agentes sobre lo que vieron o la inspección y análisis de lo que en el interior del cuerpo portara el sujeto, después de su expulsión, pero el momento del examen radiológico no se sitúa en la esfera de la prueba anticipada sino en el de la pura investigación policial. Y ya esta Sala en la Junta General del día 5 de febrero de 1999 aprobó considerar que "Cuando una persona -normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero- se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos".

En tal sentido se han pronunciado las (Sentencias de 22 de diciembre de 1999, 17 de abril y 5 de junio de 2000, entre otras (STS de 10 de junio de 2.000).

Esta doctrina ya había sido avanzada por otras resoluciones de este mismo Tribunal, siendo de destacar la de 3 de febrero de 2.000 que, sintetizando la doctrina jurisprudencia sobre la materia, subraya que cuando una persona se somete voluntariamente -así, por ejemplo, en la Sentencia de 10 de Junio de 1.998- a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no esta realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados

hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos.

A tenor de esta doctrina, dos son los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia: a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE, y b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. Concurrentes esos dos requisitos -y con ello contestamos a las alegaciones del recurrente- no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia de letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECr.(sentencias 2070/2001 de 5.11 (FJ. 2), 516/2005 de 25.4.

No obstante esta doctrina ha sido objeto de alguna matización por esta Sala, como destaca el Ministerio Fiscal en su recurso. Así la sentencia STS de 3-7-2007, desestimó la solicitud del recurrente pidiendo la nulidad de la prueba porque el detenido, al ser detenido en el aeropuerto y someterlo a una prueba radiológica no se le informó de sus derechos, dado que en tal momento no se disponía de intérprete. De esa forma -a juicio del recurrente- se violó el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, determinante de que la obtención de las pruebas se produjera de un modo irregular circunstancia que obliga a expulsar o no considerar en el

acervo probatorio de cargo todas las practicadas, por hallarse desde su origen viciadas de nulidad. La Sala estimó que "Los intentos de localizar a un intérprete para proceder a la lectura de los derechos del detenido han sido exhaustivos por parte de la policía, ante una situación de emergencia, urgencia o fuerza mayor, perfectamente diferenciable de un incumplimiento de lo que en modo alguno podía cumplirse. La obtención de la prueba de cargo no vulneró tal derecho, ya que la sustancia estupefaciente hubiera sido intervenida igualmente de haber conocido el idioma o disponer de intérprete, accediera el ofendido a la prueba de la diligencia o se opusiera a ella.

De haber podido entender y comprender lo que se le comunicaba con la lectura de derechos el ciudadano lituano pudo adoptar dos posiciones: acceder a la práctica de la prueba radiológica u oponerse a ella. En el primer caso las cosas se hubieran desarrollado como se desarrollaron en la realidad. En caso de negativa se hubiera comunicado de inmediato al juez instructor de guardia el cual, dada la urgencia del caso y vista la oposición del afectado, ponderando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las diligencias, hubiera podido acordar su práctica imperativamente y por auto motivado. Y sí todavía se resistía físicamente el recurrente, adoptar medidas para controlar la expulsión de las cápsulas, recogiendo el cuerpo del delito.

En síntesis podemos concluir que lo que no es posible ante una situación emergente o de fuerza mayor, es que se dilate una diligencia con peligro para la vida del sujeto deje de practicarse a pesar de la responsabilidad que afectaba a la policía judicial y posteriormente al juez de instrucción, quienes tienen la obligación no sólo de impedir la muerte del sospechoso, sino de investigar y descubrir los delitos, deteniendo a los presuntos autores".

3) Además como dijimos en STS. 709/2013 de 9.10- el resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido (indubitado) con el dubitado (SSTS. 789/97,

792/2009, 158/2010) y altamente desfavorable si se aprecia su coincidencia en unos índices muy altos (expresado desde la primera sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo sobre el ADN, (STS. 1701/92 de 13.7).

En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente incriminatoria, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial (STS. 151/2010 de 22.2).

De ahí que si es ambivalente (cfr. SSTs. 158/2010 de 2.2 y 792/2009 de 17.7), y puede también favorecer al detenido no debería extremarse las garantías derivadas de la asistencia letrada, la cual podría incluso aconsejar la no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal.

4º) Por último es necesario destacar como el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 8.9.2014, en un supuesto en el que a su detenido en Comisaria se le realizó un frotis bucal con un hisopo de algodón, con su consentimiento, práctica en la que no estuvo presente abogado no se contó con autorización judicial, tras descartar la vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) en relación a la queja de no haber estado asistido de letrado durante la diligencia de obtención de la muestra biológica, declaró que "el recurrente fue informado de su derecho a ser asistido de letrado, con carácter previo a la practica 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.

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.

Fdo.: Juan Ramón Berdugo

Gómez de la Torre.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andrés Ibáñez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.