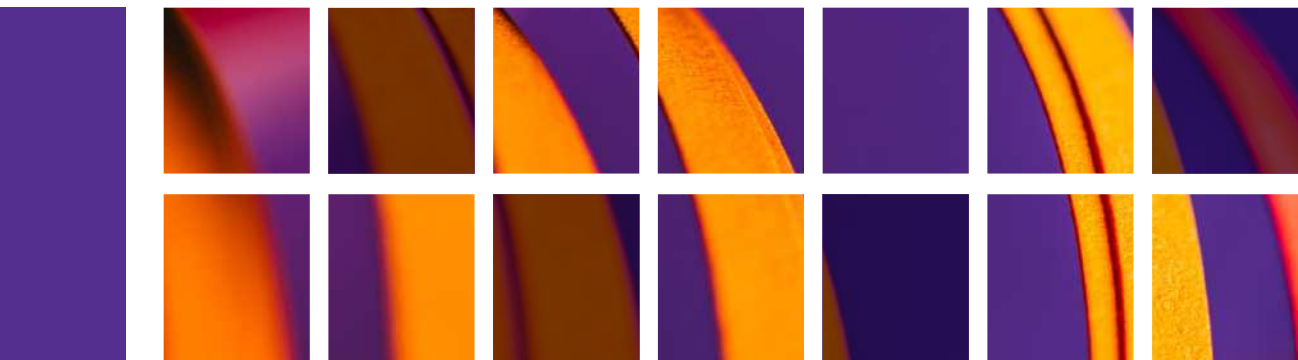


La prueba de ADN e intervenciones corporales en la investigación penal

Sofía Frieyro Elícegui

■ BOSCH



La prueba de ADN e intervenciones corporales en la investigación penal

Sofía Frieyro Elícegui

© **Sofía Frieyro Elícegui**, 2019
© **Wolters Kluwer España, S. A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: octubre 2019

Depósito Legal: M-29023-2019

ISBN versión impresa: 978-84-9090-401-5

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-402-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S. A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S. A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S. A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S. A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

modalidades de diligencia, las que afectan a la libertad y las que inciden en la intimidad corporal o integridad física; la circunstancia de que la privación de libertad sea consustancial e instrumental a la intervención corporal no autoriza a desentenderse absolutamente de la afectación de aquélla. La conexión directa e inmediata entre ambas diligencias no impide el reconocimiento de dos derechos fundamentales diferenciados que pueden resultar afectados también de forma diferente. La práctica de las intervenciones corporales requiere el traslado al centro médico o sanitario correspondiente y con frecuencia la complejidad en su realización exigirá la permanencia en el mismo de la persona afectada por un período de tiempo no precisamente breve¹⁷⁹.

En el ámbito internacional el derecho a la libertad deambulatoria aparece reconocido en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en Resolución de 10 de diciembre de 1948: «*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*», en el art. 9.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966: «*Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*» y en el art. 5.1 del CEDH de 1950: «*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...)*».

6. REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE ADN

Toda medida restrictiva de un derecho fundamental en el proceso penal debe estar prevista en una ley, escrita y previa, debe mediar una previa decisión judicial, *ex art.* 117.3 CE que recoge el principio de exclusividad jurisdiccional, respetar el principio de proporcionalidad y las garantías formales de ejecución, de manera que se exijan determinadas condiciones de especialización que deben concurrir en el personal que ejecute las medidas limitativas de los derechos fundamentales¹⁸⁰.

El Estado de Derecho exige, según ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, que toda medida limitativa de un derecho fundamental esté prevista por la ley, sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo, puesto que los derechos fundamentales pueden ceder ante razones justificadas de interés general¹⁸¹.

Según PÉREZ MARÍN, ha de concretarse la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, cual es el interés público en la averiguación del delito, la diligencia de intervención corporal ha de estar permitida por una norma legal habilitante y debe

179. ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *ob. cit.*, págs. 55 y 492 a 494.

180. GIL HERNÁNDEZ, A., *ob. cit.*, págs. 35 y 55. Se refiere este autor a la imposibilidad práctica de que sea un órgano judicial el que autorice todas y cada una de las medidas de intervención corporal.

181. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *ob. cit.*, págs. 9 a 17.

ser proporcional a la finalidad que con su práctica se persigue y al delito que se investiga¹⁸².

Para MATA LLÍN EVANGELIO, el desarrollo de los derechos a la intimidad y a la integridad física y moral, exige el respeto de sus garantías constitucionales: legalidad de la injerencia, proporcionalidad de la medida y respeto al contenido esencial de estos derechos; para esta autora, el cumplimiento de las exigencias formales de legalidad y proporcionalidad no basta para legitimar la injerencia, pues si se desconoce el fin de protección que está en la esencia del derecho correspondiente, se vulneraría su contenido esencial, resultando inconstitucional¹⁸³.

Si bien la CE no contempla expresamente la posibilidad de limitación por medio de resolución judicial de los derechos a la integridad física y moral, art. 15 CE, y a la intimidad, art. 18.1 CE, del art. 53.1 CE se deriva que el legislador puede limitar los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad mediante la regulación de las intervenciones corporales, siempre que dicha regulación respete el contenido esencial de los derechos afectados; para GÓMEZ AMIGO, la legitimidad de las injerencias dependerá del grado de afectación de los concretos derechos fundamentales¹⁸⁴.

También, según PÉREZ MARÍN, la restricción de derechos fundamentales por una medida de intervención corporal sólo puede admitirse cuando la intromisión en el derecho fundamental afectado no desnaturalice su núcleo más esencial, debiendo ser la actuación absolutamente imprescindible para el objetivo de la investigación penal, lo que requiere que la ley regule de manera exhaustiva todas y cada una de las circunstancias que rodean a este tipo de diligencias¹⁸⁵.

Según GÓMEZ AMIGO, las intervenciones corporales no sólo precisan de una autorización judicial motivada que exprese el juicio de proporcionalidad, sino que además deben adoptarse en el curso de un proceso penal pendiente debiendo practicarse en la fase de instrucción, pues sólo así es posible el control judicial efectivo de la legitimidad de la medida y de la proporcionalidad de su ejecución. Si no hay proceso penal pendiente es difícil que el órgano jurisdiccional posea todos los elementos de juicio necesarios para autorizar o denegar la intervención corporal. Excepcionando los supuestos de urgencia, en los que ello podría resultar incompatible con la finalidad de investigación de las medidas de intervención corporal, opina que las mismas deberían adoptarse tras la celebración de una audiencia ante el juez de instrucción con asistencia del investigado asistido de su letrado y del Ministerio Fiscal¹⁸⁶.

182. PÉREZ MARÍN, M.A., *ob. cit.*, págs. 123 y 124.

183. MATA LLÍN EVANGELIO, A., *ob. cit.*, págs. 62, 63 y 116. La identificación de ese contenido esencial resulta imposible más allá de la mera prohibición de arbitrariedad, prohibición que se satisface con las exigencias materiales de proporcionalidad.

184. GÓMEZ AMIGO, L., *ob. cit.*, págs. 39 a 42. Estas medidas de intervención corporal deben estar previstas y reguladas por LO, art. 81.1 CE.

185. PÉREZ MARÍN, M.A., *ob. cit.*, págs. 48 y 50. Están prohibidas aquellas actuaciones que pudieran desnaturalizar el núcleo del derecho fundamental en juego porque ello implicaría prácticamente su desaparición.

186. GÓMEZ AMIGO, L., *ob. cit.*, págs. 35 y 89 a 91. Sobre los requisitos que legitiman la adopción de una medida de intervención corporal véase también PÉREZ MARÍN, M.A., *ob. cit.*, págs. 42 y 43.

6.1. Principio de legalidad

Como cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales, para que las medidas de intervención corporal puedan ordenarse judicialmente deben estar previstas por una norma con rango legal, exigencia que deriva, para GÓMEZ AMIGO, del art. 53.1 CE, y también del CEDH de 4 de noviembre de 1950¹⁸⁷.

Además el art. 81 CE reclama la necesidad de una LO, al resultar limitados derechos fundamentales¹⁸⁸.

La previsión normativa adecuada es una LO en la medida en que estamos ante una diligencia de naturaleza procesal que afecta a los derechos fundamentales de la persona; sin embargo, no será necesaria LO, según PÉREZ MARÍN, cuando las normas procesales no respondan al desarrollo del derecho fundamental, sino que simplemente prevean los cauces mediante los que ese derecho se debe ejercitar. Las circunstancias y la forma de ejecutar la intervención corporal deben estar previstas en una norma con rango de LO¹⁸⁹.

Las intervenciones corporales, en cuanto comportan la injerencia en la esfera de los derechos fundamentales del individuo, han de respetar la garantía de reserva de ley contenida en el art. 53.1 CE: «*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)*» y en el art. 81.1 CE en cuanto al rango de ley exigido, ya que no es suficiente con una norma legal, sino que ha de tener rango de LO, al exigir rango de LO para las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas¹⁹⁰.

Para PÉREZ MARÍN la norma que debe contener las previsiones en materia de intervenciones corporales debe ser la LECRIM, pues es el texto normativo que regula los aspectos más importantes del proceso y del procedimiento penal¹⁹¹.

Según MORENO CATENA, las diligencias que persiguen esclarecer la *notitia criminis* y reconstruir los hechos, identificar al autor y reunir e identificar los elementos de prueba, deben sujetarse a las disposiciones legales, y practicarse, cumpliendo estrictamente el principio de legalidad, en cuanto actividad tendente al ejercicio del poder punitivo del Estado¹⁹².

En lo que se refiere a la obtención de muestras biológicas del sospechoso para la determinación de su perfil de ADN, el problema de la reserva legal ha quedado resuelto, según MATALLÍN EVANGELIO, tras la reforma del art. 363 LECRIM por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y con la regulación contenida en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a

187. GÓMEZ AMIGO, L., *ob. cit.*, págs. 57 y 60.

188. GIL HERNÁNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 60. MATALLÍN EVANGELIO, A., *ob. cit.*, págs. 64 a 66 y 177. GÓMEZ AMIGO, L., *ob. cit.*, pág. 60.

189. PÉREZ MARÍN, M.A., *ob. cit.*, págs. 24 y 67.

190. ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *ob. cit.*, págs. 91, 94, 100 a 105.

191. PÉREZ MARÍN, M.A., *ob. cit.*, pág. 44.

192. MORENO CATENA, V., *ob. cit.*, pág. 78.

partir del ADN, por lo que existe cobertura legal para la práctica de estas diligencias de intervención corporal, con la consiguiente realización de la exigencia formal de legalidad¹⁹³.

Pero desde el punto de vista material el principio de legalidad requiere que la norma de cobertura en materia de intervenciones corporales, exprese con singular precisión los supuestos y el alcance de la injerencia, como salvaguarda de la seguridad jurídica y, desde esta perspectiva, los preceptos de la LECRIM, a juicio de MATA LLÍN EVANGELIO, adolecen de insuficiencia material para habilitar la ejecución de la medida de intervención corporal, sin que ello implique necesariamente la ilegitimidad de la medida y la vulneración por el juez, por la falta de claridad de la ley, de los derechos fundamentales afectados, siempre que se cumplan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad como garantía de seguridad jurídica. Con ello se reconoce la eventualidad de que la insuficiencia material de la ley limitadora se complemente por el poder judicial, a través de la correspondiente resolución proporcionada que determine con claridad y precisión los supuestos y alcance de la injerencia, satisfaciendo así las exigencias materiales inherentes a la reserva de ley¹⁹⁴.

Para GÓMEZ AMIGO, no basta cualquier previsión legal de la posibilidad de utilizar las intervenciones corporales como diligencias sumariales de investigación, sino que la ley debe prever los presupuestos y condiciones en los que procede su realización; en su opinión, si las medidas de intervención corporal no se encuentran previstas legalmente, no cabrá su realización coactiva; la fuente de prueba obtenida con su práctica puede ser lícita, si el imputado se somete voluntariamente a ellas y concurren el resto de los presupuestos de legitimidad y proporcionalidad, pero su realización coactiva tendría como consecuencia una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales¹⁹⁵.

6.2. Principio de exclusividad jurisdiccional

No existe en la CE reserva jurisdiccional para la ordenación de las medidas de intervención corporal, a diferencia de lo que sucede con otras medidas limitativas de los derechos fundamentales como la entrada y registro en el domicilio, art. 18.2 CE, o la intervención de las comunicaciones, art. 18.3 CE, si bien dado el carácter fundamental de los derechos afectados se viene manteniendo que existen razones para mantener la exigencia de resolución judicial en esta materia. En opinión de MATA LLÍN EVANGELIO, si la CE no lo exige, no existe impedimento para que se produzcan limitaciones en los derechos fundamentales sin intervención judicial, siempre y cuando exista habilitación legislativa para ello¹⁹⁶.

193. MATA LLÍN EVANGELIO, A., *ob. cit.*, págs. 78 y 79.

194. *Ibidem*, págs. 89, 90, 92, 93, 178 y 179.

195. GÓMEZ AMIGO, L., *ob. cit.*, págs. 62 y 65.

196. MATA LLÍN EVANGELIO, A., *ob. cit.*, págs. 147 y 148. A falta de habilitación legislativa será necesaria resolución judicial.



La presente obra plantea la eficacia probatoria de la prueba de ADN. Partiendo de la delimitación y distinción entre intervenciones corporales e inspecciones y registros corporales, se diferencian los supuestos en los que la recogida de muestras de ADN se realiza en el lugar del crimen de aquéllos otros en los que se obtiene de muestras voluntariamente abandonadas por el sospechoso, así como también de los casos en los que se adquiere la muestra por intervención en el cuerpo del investigado o sospechoso del delito, pudiendo realizarse con su consentimiento —supuesto éste en el que se analiza la necesidad de asistencia letrada—, o en defecto de consentimiento, por resolución judicial motivada que lo autorice. En los casos en los que falta el consentimiento, se plantea el problema de la negativa a la ejecución coactiva de una medida de intervención corporal, así como las consecuencias que de ello se derivan.

Como premisa previa, la realización de una intervención corporal no puede afectar a la dignidad de la persona, ni a su salud, ni suponer un trato inhumano o degradante. Así, entre los derechos fundamentales afectados se encuentra el derecho a la integridad física y moral; a la intimidad, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. La afectación de estos derechos requiere no solo la legalidad de la injerencia, sino también que tenga un fin legítimo y que se adopte mediante resolución judicial motivada, en la que se fundamente la concurrencia de los requisitos de idoneidad y proporcionalidad de la medida, so pena de inconstitucionalidad. Se analiza la jurisprudencia existente en esta materia. También se tratan las consecuencias de la valoración de una prueba ilícitamente obtenida por vulneración de los derechos fundamentales.

Por último, se hace mención a la base de datos policial sobre identificados obtenidos a partir del ADN, así como a la posible colisión del almacenamiento de datos con el derecho a la autodeterminación informativa, y a la necesidad de disponer de laboratorios acreditados.



Wolters Kluwer