

LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL: SUS ENTRESIJOS DESDE LA ÓPTICA DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA*

Ma Victoria Álvarez Buján

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Contexto normativo: especial referencia a las últimas reformas de la LECrim y el Código Penal. 3. Claves prácticas para el ejercicio de la abogacía. 4. A modo de reflexión final. Notas. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde que en Inglaterra Alec Jeffreys empleó por primera vez en la década de los 80 las pruebas de ADN para resolver el célebre caso Enderby —asunto *Queen vs. Pitchford*¹—, relativo a la comisión de dos asesinatos con previa agresión sexual, este instrumento probatorio se ha convertido en una herramienta clave en el ámbito de la investigación de determinados hechos que revisten singular gravedad, habida cuenta de los bienes jurídicos que resultan afectados por su perpetración —esencialmente, la vida, la libertad, la integridad física y la libertad sexual—.

Sucintamente, una prueba de ADN practicada en el marco de una investigación penal puede definirse como la realización en laboratorio —debida y oportunamente acreditado— de un análisis comparativo entre los perfiles genéticos obtenidos a partir de la muestra biológica dubitada (la que es hallada en el lugar de los hechos, en el cuerpo de la víctima) y los perfiles genéticos extraídos a partir de la muestra biológica indubitada (la que es tomada directamente del sospechoso/imputado —ahora «investigado»—, por regla general mediante la realización de una intervención corporal leve)². No obstante, el contraste de perfiles genéticos también puede ser realizado entre aquellos perfiles o identificadores almacenados en bases de datos con motivo de un proceso penal anterior —que tendrán, en principio, carácter indubitado— y los que son adquiridos a partir de la muestra biológica dubitada. Si se produce una coincidencia entre ambos, el resultado podrá ser utilizado como prueba de cargo en el juicio, excepción hecha del supuesto en que, a lo largo la fase

* El pasado 28 de abril de 2017 este texto obtuvo el «Premio Manuel Olivencia» al mejor artículo jurídico en su primera edición.

de instrucción, la persona investigada cuestione o impugne la toma de muestras realizada en la causa anterior, su resultado incriminatorio o la validez y licitud de los datos almacenados³. De igual modo, es posible realizar contrastes entre los perfiles genéticos que estén almacenados en la base de datos policial —pero respecto de los cuales se desconozca la identidad de la persona a la que pertenece— y los perfiles extraídos de las muestras biológicas dubitadas con la finalidad de verificar si existe una coincidencia entre ambos que pueda contribuir al avance de la investigación.

2. CONTEXTO NORMATIVO: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LE CRIM Y EL CÓDIGO PENAL

Hasta la aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no se reguló de forma expresa en nuestro ordenamiento la posibilidad de practicar pruebas de ADN e intervenciones corporales con fines de identificación genética. Con anterioridad a la vigencia de esta norma, existía un *palmario vacío legal*, laguna que la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de colmar —al menos en cierta medida— ejerciendo sus funciones y tomando como referentes los mandatos constitucionales, las pautas previstas en la normativa internacional y las directrices emanadas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y como base la necesidad de dictar una resolución judicial motivada que ordenase la realización de tales medidas a fin de suplir, en un inicio, la carencia de *habilitación legal*⁴. La aprobación de la referida LO 15/2003 dio una nueva redacción a los artículos 326 y 363 de la LECrim. Concretamente, en relación con la recogida de muestras biológicas dubitadas, el párrafo tercero del art. 326 estableció: «Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282». Por su parte, el párrafo segundo del artículo 363 contempló la posibilidad de recurrir a la práctica medidas de intervención corporal con fines de identificación genética en estos términos: «Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»⁵.

Con todo, y desafortunadamente, el contenido de ambos preceptos siguió siendo insuficiente para colmar las lagunas existentes en la regulación de la materia. Es más, el art. 363 de la LECrim suscitó notables problemas interpretativos⁶, dado que su redacción no especifica los sujetos pasivos que pueden ser objeto de una medida de tales características —la norma hace referencia únicamente al sospechoso⁷— ni ofrece una solución explícita en los supuestos en los que el sospechoso/imputado (ahora investigado) rehúse someterse a la misma. Además, el precepto citado alude a actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal como si se tratase de figuras indistintas o equivalentes y como si para practicar una prueba de ADN —y, más específicamente, para llevar a cabo una toma de muestras biológicas indubitadas— fuese idónea la realización de cualquiera de estas medidas, cuando lo que se practica a estos efectos es, en realidad, una intervención corporal leve, esto es, básicamente un frotis bucal⁸, una extracción de cabellos o una extracción sanguínea (en su caso, mediante una mínima punción dactilar). En relación con este extremo, debemos precisar

que, aunque efectivamente es cierto que, al objeto de obtener muestras biológicas que los agresores —particularmente, en casos de violencia sexual— hayan podido dejar en los cuerpos de las víctimas es necesario efectuar sobre estas exploraciones corporales por expertos —médicos⁹—, las cuales encajan dentro del concepto de intervención corporal¹⁰, ello no es relevante en lo que atañe a la crítica apuntada si tenemos en cuenta que, como acabamos de señalar, el art. 363 LECrim olvida hacer mención a cualquier otro sujeto distinto del sospechoso/investigado.

Al margen de estas vaguedades regulativas, debe ponerse de relieve, además, que hasta la aprobación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, no se reguló la base de datos genéticos policial unificada. Durante un significativo periodo de tiempo, por tanto, nuestro ordenamiento incumplió de forma patente las exigencias dimanantes del Consejo de Europa y de la Unión Europea en lo que respecta a esta materia¹¹.

En definitiva, la problemática normativa persistió pese a la reforma aprobada en el año 2003 e incluso se prolongó tras la entrada en vigor de la citada LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, razón por la cual, ante la coyuntura existente, en aquellos supuestos en los que el sujeto sometido a investigación se negaba a proporcionar una muestra biológica indubitada que permitiese realizar el oportuno análisis de ADN, se propusieron distintos remedios jurídicos¹². Entre ellos destacan fundamentalmente la atribución de un indicio incriminatorio sobre dicho sujeto¹³, la imputación de un delito de desobediencia o la utilización de esta eventual imputación como una suerte de amenaza o de coacción —no física¹⁴—. Sin embargo, estas soluciones no resultaban —ni resultan— eficaces, dado que no contribuyen a lograr el éxito de la investigación de los ilícitos penales, no son coherentes con el principio de búsqueda de la verdad material ni revisten las adecuadas garantías en relación con los derechos del imputado, ahora investigado, particularmente si tomamos en consideración la naturaleza ambivalente que presentan las pruebas de ADN y su alto grado de fiabilidad.

A la vista de tales argumentos, precisamente, un relevante sector de la doctrina —cuyas tesis asumimos— ha propugnado desde hace ya varios años la necesidad de contemplar expresamente en la regulación el recurso a la coacción física, si bien de forma proporcionada a las circunstancias y singularidades del caso concreto¹⁵.

Dicha propuesta ha resultado, además, laudable desde la perspectiva de la cooperación judicial internacional, toda vez que la imposibilidad de compeler al sujeto sometido a investigación a que se someta a la práctica de una prueba genética no hace sino obstaculizar e, inclusive, impedir la comunicación transnacional de datos, ya que si no es factible obtener los identificadores de ADN del individuo, estos tampoco pueden ser inscritos en la base de datos policial y, por ende, dicha información no puede cederse ni transmitirse a otros países, lo que presupone, en definitiva, una cortapisa para dar cumplimiento a las exigencias recogidas en la normativa europea relativa al intercambio de perfiles de ADN¹⁶.

Asimismo, ha de resaltarse que este cuestionado y polémico panorama normativo trajo como consecuencia el dictado del Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II, de 31 de enero de 2006, en virtud del cual la Policía no necesita recabar consentimiento o, en su defecto, autorización judicial para proceder a la recogida de muestras biológicas abandonadas por el sospechoso —por ejemplo, excrecencias, escupitajos, etc.—. Tal acuerdo puede parecer apriorísticamente inocuo; sin embargo, nada está más alejado de la realidad, sobre todo si tenemos en cuenta que, al abrigo del mismo, se han llegado a respaldar tácticas policiales de dudosa licitud, básicamente por su falta de garantías en relación con el derecho de defensa, así como por la complejidad que su práctica entraña a la hora de observar adecuadamente la cadena de custodia, prácticas alternativas no precisamente adecuadas en un Estado de Derecho. Nos referimos a actuaciones tales como ofrecer un vaso de agua o un cigarrillo

rillo a la persona que se encuentra detenida con la finalidad de que, una vez que esta se desprenda de dichos objetos, pueda interpretarse que la saliva que haya quedado impregnada en los mismos es una muestra abandonada y que, consiguientemente, puede recogerse sin requerir consentimiento ni autorización judicial, conformándose como lo que se denomina una «muestra biológica atribuida». En este contexto, también se ha dado frecuentemente el supuesto en el que la recogida de muestras o vestigios biológicos se lleva a cabo mediante una entrada y registro domiciliario autorizados previamente por el juez de Instrucción¹⁷.

En resumidas cuentas, y a la vista de todo lo expuesto, es evidente que la regulación sobre la materia objeto de estudio resulta palpablemente incompleta y, justamente por ello, ineficiente. Esto es así incluso pese a que hayan entrado en vigor determinadas novedades normativas, concretamente el nuevo artículo 129 bis del Código Penal y la reforma operada en el artículo 520.6 c) de la LE-Crim. El primero de estos preceptos ha sido introducido por la LO 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y su tenor literal establece como consecuencia accesoria del delito que «si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad». Con esta previsión —insertada en una reforma del Código Penal que levantó importantes críticas— se ha dado cumplimiento al mandato del art. 37 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007¹⁸, si bien aumentando el elenco de delitos a los que dicho convenio hace alusión¹⁹, y se ha contemplado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de forma explícita el recurso a la *vis physica*.

Ahora bien, a nuestro juicio, habría sido una mejor opción, desde el punto de vista de la sistematicidad y la claridad normativas, que el contenido del indicado precepto se hubiese incluido en el texto de la LO 10/2007, de 8 de octubre, dado que esta es la norma que tiene por objeto la regulación de la base de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN en España. El problema estriba en que esta alternativa habría implicado la necesidad de emprender también la reforma de esta última ley. Es fácil inferir que, debido a la latosa tramitación que ello habría supuesto, y teniendo además en cuenta la vorágine de reformas normativas aprobadas en el año 2015, que por razones de índole política tuvieron lugar en última etapa de la legislatura, se optara —como es lamentablemente frecuente— por la dispersión normativa.

Por su parte, la redacción del segundo de los citados preceptos fue alterada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En efecto, el artículo 520 de la LECrim aglutina los derechos de la persona detenida; en su apartado 6 c), párrafo segundo, cuya ubicación resulta, cuando menos, discutible, dispone que «si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley

Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de Instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad». En una primera aproximación a su contenido, parece que este precepto ha dado por fin solución a la ausencia de previsión legal de la coacción física en el caso de que la persona investigada rehúse someterse a la práctica de una intervención corporal leve con fines de identificación genético. Empero, si nos detenemos en su lectura, podemos colegir que la redacción del mismo adolece de ciertas deficiencias que pueden generar dudas de interpretación y dificultades en la *praxis* policial y judicial²⁰.

Es claro que las citadas reformas se han aprobado a modo de apresurado y poco meditado parcheo legislativo y que de ahí justamente derivan sus defectos. Obviamente, las intervenciones corporales y las pruebas de ADN, por su relevancia práctica, amén de por la limitación que implican en relación con determinados derechos fundamentales, singularmente el derecho a la intimidad —genética— y el derecho a la autodeterminación informativa, requieren de una modificación normativa integral al objeto de prever una regulación completa, detallada y sistematizada, que debería materializarse en el marco de un nuevo Código Procesal Penal, tan esperado y reclamado, considerando el carácter obsoleto de nuestra decimonónica LECrim²¹. La aprobación de la nueva ley procesal parece, sin embargo, una utopía, a la vista de los diversos intereses difusos coexistentes en nuestro país y de los ya varios fallidos intentos acometidos en este sentido, entre los que fundamentalmente destacan el Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2012.

3. CLAVES PRÁCTICAS PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ya citada Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, no estaba claro, por la falta de una previsión legal expresa en tal sentido, si el consentimiento para someterse a la práctica de una medida de intervención corporal leve con fines de identificación genética debía ser o no prestado bajo asistencia letrada. En efecto, se dictaron pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios al respecto, la mayoría de ellos, no obstante, de carácter *obiter dicta*. Existían, asimismo, posiciones doctrinales confrontadas, dado que esta es una cuestión nada pacífica que suscita problemas en la *praxis*²². En particular, resulta significativa y destacable en este contexto la postura que venía exigiendo la necesidad de asistencia letrada en los casos en que el sujeto pasivo se encontrase detenido y la medida a realizar fuese un frotis bucal²³.

Ahora bien, a nuestro juicio, la asistencia letrada no debe limitarse exclusivamente a los supuestos en los que el sujeto afectado por la práctica de la medida se encuentre detenido, sino que la misma debe establecerse como requisito *sine qua non* en relación con cualquier situación procesal en la que este se halle: no solo cuando se realice un frotis bucal, sino también cuando se lleve a cabo cualquier otra medida de intervención corporal leve con fines de identificación genética. Ello responde a la necesidad de velar por la correcta ejecución de la diligencia de toma de muestras biológicas indubitadas y la debida observancia de la cadena de custodia, amén de asegurar y corroborar que se facilita de forma adecuada a la persona afectada por la medida la información relativa a la trascendencia de la realización de la prueba de ADN, tanto en lo que respecta al proceso penal

como en lo tocante a la inclusión en la base de datos policial de los identificadores genéticos que se obtengan con el pertinente análisis, lo que conlleva una clara limitación del derecho a la autodeterminación informativa²⁴.

De hecho, entendemos que esta es la postura por la que, al menos implícitamente, ha abogado la nueva reforma, toda vez que el art. 118.2, inciso segundo, de la LECrim, que se refiere en general a toda persona a la que se le atribuya un hecho punible, dispone en su nueva redacción que «el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la Policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos»²⁵. Asimismo, en relación con los derechos de que la persona detenida goza, el primer párrafo del también reformado art. 520.6 c) LECrim incluye, entre las funciones propias de la asistencia letrada, la de «informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten». El precepto habla de diligencias en general, sin especificar las mismas, por lo que consideramos que no se refiere únicamente a la toma de muestras biológicas indubitadas con fines de identificación genética ni que, en relación con estas, alude con carácter exclusivo a la práctica de frotis bucal, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 767 de la LECrim²⁶.

Consiguientemente, despejada la duda relativa a la asistencia letrada al confirmar que la misma es preceptiva, a nuestro juicio —y haciendo una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en la LECrim, con independencia de la situación concreta del sujeto pasivo (se encuentre o no detenido) y de la medida a practicar (sea un frotis bucal o cualquier otra medida de intervención corporal leve equivalente)²⁷, pero en cualquier caso, sin lugar a dudas, en los supuestos en que el sujeto se halle detenido y se le realice un frotis bucal— resulta de vital importancia que el/la abogado/a cuente con una formación adecuada en lo que atañe a las pruebas de ADN y su virtualidad científica y jurídico-procesal a fin de que pueda prestar un asesoramiento adecuado y desempeñar sus funciones de forma óptima, y actuar diligentemente en el diseño de la estrategia procesal más favorable para su defendido/a. Asimismo, será preciso explicarle y hacerle comprender la información contenida en el modelo de consentimiento informado facilitado por las autoridades policiales, poniendo el acento en el tratamiento que se le dará a sus identificadores genéticos, una vez que estos sean obtenidos, explicándole si serán o no objeto de inserción en la base de datos, en qué términos, para qué finalidad y durante cuánto tiempo, debiendo asesorarle también de los derechos que le asisten en lo tocante a dicha inscripción (derechos de acceso, rectificación y cancelación) y cómo y ante quién puede ejercitar los mismos.

Pese a las reformas implementadas en relación a esta materia, y centrándonos en la atinente al art. 520.6 c), párrafo segundo, de la LECrim, a la luz de su propia redacción advertimos que el recurso a la coacción física se ciñe a la hipótesis de una persona detenida a la que se le practique un frotis bucal, que no se consideran otras situaciones procesales y que no se toma en consideración la posibilidad de que —por causa de las particularidades del caso concreto o del sujeto en cuestión— sea necesario emplear otra medida distinta, también de carácter leve (léase una extracción de cabellos²⁸). En este contexto, llama igualmente la atención que el precepto se refiera únicamente al detenido y no al investigado, como sin embargo propugnaban en su momento el Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2012, lo que además, como expondremos seguidamente, puede suscitar alguna que otra controversia en la *praxis*.

Así las cosas, a primera vista, cabe pensar que la citada previsión podría alentar la utilización de la medida cautelar de la detención de un modo abusivo²⁹. Pero el tenor del precepto también induce

a aventurar que, como consecuencia de su inapropiada redacción³⁰ o de una malinterpretación de la misma, pudiera realizarse la prueba de ADN a investigados respecto a los cuales no hayan recaído todavía indicios racionales suficientes de criminalidad (uno de los requisitos comprendidos dentro del principio de proporcionalidad), pero que hayan sido detenidos por la Policía a modo de medida cautelar provisionalísima³¹. No obstante, la cuestión esencial radica en que si pensamos en la figura de la persona detenida por ser esta sospechosa policial en el marco de las diligencias de prevención o porque tal detención haya sido ordenada a la Policía Judicial por indicación del Ministerio Fiscal (en el ámbito de la denominada investigación preliminar *ex art. 773.2* de la LECrim), lo cierto es que en tales casos los agentes policiales son los que requieren a la persona en cuestión para que se someta de manera voluntaria a la realización de la prueba de ADN. Sería, pues, en el supuesto de que el concreto sujeto —tras el debido asesoramiento de su abogado/a— se negase a someterse a la toma de muestras biológicas indubitadas cuando devendría necesario solicitar la autorización judicial que decretase la realización de la diligencia, recurriendo incluso a medidas coactivas si fuese necesario. Con todo, ocurre aquí que, dadas las exigencias que dimanarían del principio de proporcionalidad³², es necesario que concurren indicios racionales y suficientes de criminalidad que justifiquen la autorización y ejecución de la medida. Ahora bien, en la fase de detención es más que posible que, efectivamente, concurren indicios que justifiquen la práctica de tal medida cautelar, pero quizá no los suficientes para motivar la autorización que avale la práctica de una diligencia de toma de muestras biológicas indubitadas y menos coercitivamente. Parece, pues, que en la práctica no será sencillo que el juez se decante por dictar dicha resolución, y todavía menos que en la misma haga referencia a la posibilidad de recurrir al uso de la *vis physica*, máxime teniendo en cuenta que no están claros ni definidos los recursos coactivos que pueden emplearse.

En consonancia con esta última idea, ha de ponerse de relieve que este precepto, a imagen y semejanza del art. 129 bis del Código Penal, únicamente alude a la facultad de emplear las «medidas coactivas mínimas indispensables», expresión que, a nuestro juicio y en tanto que su alcance no sea reinterpretado por la jurisprudencia, resulta sustancialmente genérica, lo que nos conduce necesariamente a preguntarnos: ¿Cuáles son las medidas o los modos de coerción a los que podría recurrirse efectivamente en la práctica? Esta cuestión no es baladí: la relevancia de que nos formulemos esa cuestión radica en que la vaguedad del citado enunciado, unida a la forma en la que se proceda en la práctica, podría ser, precisamente, la base del argumento que permitiese a los/as abogados/as sustentar la concurrencia de un posible y eventual supuesto de nulidad o ilicitud probatoria en relación con la obtención de muestras biológicas indubitadas.

Quizás, a la luz de este complejo panorama puede inferirse que, en última instancia, lo que se ha pretendido con la reforma no ha sido propiamente instaurar la coacción física para llevar a cabo la toma de muestras biológicas indubitadas —aunque este objetivo también se perseguía, pero lo cierto es que se ha cristalizado de un modo poco práctico y efectivo³³—, sino más bien salvar situaciones en las que, una vez efectuada esa diligencia y realizada la pertinente prueba de ADN, la defensa del investigado impugna su validez alegando que faltó el consentimiento, o que el mismo no fue prestado válidamente. Parece, así, que la previsión del art. 520.6 c, párrafo segundo, de la LECrim sirve como una suerte de parapeto para preservar la licitud de la prueba en tales supuestos³⁴.

En cuanto a la actuación de los/as abogados/as a la hora de aconsejar a la persona detenida sobre si es más recomendable someterse de manera voluntaria a la diligencia de toma de muestras biológicas indubitadas o rehusar la misma, consideramos que, en primer término, debe hacerse una valoración de las particularidades que se conocen en el momento en relación con el caso en cuestión. Asimismo, es esencial que se informe a la persona defendida tanto de los extremos anteriormente señalados como de la posibilidad de que, aun negándose esta a someterse a la práctica de la prueba de

ADN, y aunque no llegue a practicarse dicha medida coactivamente *ex art.* 520.6 c, inciso segundo, de la LECrim, en el caso de que al término del proceso penal en cuestión se dictase una sentencia condenatoria podría procederse de conformidad con lo dispuesto en el art. 129 bis del Código Penal, logrando obtener *a posteriori* los identificadores genéticos de la persona ahora detenida y procediendo a su incorporación en la base de datos policial de ADN. De forma análoga, debemos advertir que —pese a la reforma del art. 520.6 c) de la LECrim— la negativa es igualmente valorable al amparo de la jurisprudencia existente en tal sentido³⁵ como un indicio incriminatorio y que, por tanto, esto puede no interesarnos, sobre todo dependiendo de la prueba —especialmente si es indiciaria o de carácter circunstancial— que se espera pueda existir en relación con la causa concreta.

Tomando en consideración que los análisis de ADN albergan una naturaleza ambivalente, es decir, que pueden servir tanto para acreditar la culpabilidad como la inocencia, además de que sus resultados —en caso de que sean positivos—³⁶ han de valorarse en términos indiciarios y probabilísticos³⁷, entendemos que lo más aconsejable en la práctica totalidad de los supuestos sería recomendar que nuestro/a defendido/a se someta a su práctica y que, en el caso de que el resultado que dicha prueba arroje sea afirmativo, la clave de la defensa y de su éxito deberá radicar en la construcción de una estrategia procesal que gire en torno a la acreditación de una circunstancia verosímil y convincente que justifique por qué figuraban los perfiles genéticos de nuestro/a defendido/a en la escena del delito o en el cuerpo de la víctima. Ello nos facilita la posibilidad de sostener una explicación disyuntiva y factible que habrá de ser oportunamente acreditada, debiendo orientar la proposición y práctica de la prueba a tal efecto, tratando de aportar contraindicios a los indicios que de adverso se esgriman e incidiendo finalmente en los resultados obtenidos a la hora de exponer los informes orales *ex art.* 734 de la LECrim. En cambio, la única consecuencia de aconsejar la negativa a la realización de la prueba sería, a la postre, asegurar la aplicación de un indicio contra nuestro/a defendido/a, perjudicando además con ello la credibilidad de cualquier versión sobre los hechos que pretendiésemos presentar como alternativa a la mantenida por la acusación. Esta postura se encuentra en plena sintonía con la circunstancia de que las pruebas de ADN no se corresponden con ninguna clase de remedio procesal indefectible y sanalotodo, como en no pocas ocasiones parece creer la sociedad³⁸, sobre todo como consecuencia de la información de escasisimo rigor —científico y jurídico— transmitida con frecuencia a través de los medios de comunicación. Antes bien, lo único que determinan dichas pruebas es que una determinada persona (el investigado en cuestión) ha mantenido relaciones sexuales con otra (la víctima) o que ha estado presente en el lugar de los hechos, pero para ello puede existir una explicación lógica y verosímil, diferente a la de la perpetración del delito objeto de investigación³⁹.

Llegados a este punto, debemos puntualizar que la labor intrínseca a la asistencia letrada no finaliza cuando se dicta sentencia —ya sea absolutoria o condenatoria—, puesto que todavía queda un extremo que debe ser controlado y que, a nuestro entender, compete a los abogados, al menos dentro de lo que sería el deber de facilitar una asistencia letrada diligente e integral⁴⁰. Se trata, en particular, de la tarea de verificación de la cancelación de la inscripción de identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos policial una vez que se ha cumplido el plazo previsto a tal fin, establecido en función del caso concreto en el art. 9 de la LO 10/2007, de 8 de octubre. Obviamente, este cometido no corresponde a la persona del/la abogado/a por mandato legal, puesto que la cancelación de los identificadores inscritos habrá de ser ordenada de oficio o instada, en su caso, por la persona interesada, es decir, la persona afectada por la inscripción en cuestión. Sin embargo, en la práctica se producen errores de comunicación entre la autoridad judicial, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior que, en ocasiones, tienen como consecuencia que no se efectúe de oficio dicha cancelación aunque la misma proceda. En este orden de cosas, no debemos tampoco perder de vista la circunstancia de que las personas afectadas por tales inscripciones no siempre cuentan

con los conocimientos y destrezas o habilidades básicas para peticionar y realizar los trámites de solicitud de cancelación de los datos inscritos. A la luz de tales motivos, puede colegirse que, a la postre, las cuestiones vinculadas a la tramitación y comprobación de la efectiva cancelación de los datos inscritos una vez llegado el momento para ello queda encomendada de forma indirecta a los/as abogados/as, no como un particular de obligado o estricto cumplimiento, pero sí como un aspecto concerniente a su ética profesional, cuando menos, desde un punto de vista individual de cada abogado/a, al objeto de proporcionar una asistencia letrada completa y lo más garantista posible con los derechos e intereses de la persona defendida⁴¹, atendiendo así a la máxima según la cual «no se es abogado, a secas, se es abogado de alguien»⁴². En este sentido, es menester reseñar que, en el caso de que, en efecto, no se haya realizado la cancelación⁴³, el/la abogado/a puede poner en conocimiento de la persona afectada —su cliente— la situación y, tras comentar oportunamente la cuestión y sus particulares, proceder a iniciar los trámites para lograr la eliminación de sus identificadores genéticos de la base de datos.

El aspecto atinente al control de las inscripciones de identificadores genéticos tiene especial trascendencia, habida cuenta de la utilización de las bases de datos. Pensemos qué ocurriría si en un futuro se produjese una coincidencia entre los perfiles extraídos a partir de una muestra dubitada y los perfiles genéticos de la persona en cuestión que todavía figuran inscritos —indebida e incorrectamente— en la base de datos. ¿El resultado de ese cotejo sería válido? A nuestro juicio, nos encontraríamos ante un supuesto de prueba prohibida *ex art.* 11.1 de la LOPJ, por haberse vulnerado el derecho a la autodeterminación informativa⁴⁴, pero, en cualquier caso, es claro que el sujeto en cuestión resultaría inicial o preliminarmente involucrado en la nueva investigación penal, con todo lo que ello implica tanto desde una óptica jurídico-procesal como personal y social, lo que podría desembocar en una vulneración del principio de presunción de inocencia de difícil reparación.

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, tras todo lo expuesto en el presente trabajo se colige con nitidez que el cuadro normativo existente en lo que respecta a la realización de pruebas de ADN y la necesaria práctica, a tal fin, de intervenciones corporales leves dista mucho de ser completo, sistemático y efectivo, por lo que el legislador sigue teniendo una tarea pendiente en este concreto ámbito. Ahora bien, se llegue o no a acometer una mejora legislativa de futuro que venga a dar respuesta a todos los interrogantes y lagunas que la regulación actual plantea, el papel de los/as abogados/as es primordial, particularmente a la hora de conseguir que las personas investigadas puedan ejercitar su derecho de defensa con todas las garantías necesarias, y de tratar de impedir que se vea perjudicado su derecho a la presunción de inocencia. A tal efecto, es esencial que los/as letrados/as dominen las particularidades concernientes al funcionamiento, aplicación y virtualidad de las pruebas de ADN, así como a la inscripción de identificadores genéticos en la base de datos de ADN policial, al objeto de prestar un asesoramiento apropiado e integral, amén de diseñar y articular la estrategia procesal que pueda favorecer en mayor medida a sus defendidos/as, tratando de evitar, además, que estos sufran un menoscabo desproporcionado en la esfera de sus derechos a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa. Para ello, consideramos imprescindible que estos/as profesionales jurídicos/as asuman entre sus funciones la de controlar la correcta cancelación de los identificadores genéticos inscritos en la base de datos una vez llegado el momento previsto legalmente para ello o, en su caso, la de promover los trámites necesarios a tal fin tras el debido concierto con la persona defendida.

NOTAS

1. Un resumen de lo acontecido en relación al citado caso Pitchord puede encontrarse en Gómez Colomer (2014: 24); Hombreiro Noriega (2013: 27 y 42-47); y Marzilli (2005: 11).
2. Esto es fundamentalmente un frotis bucal o nasal, una extracción de cabellos o, inclusive, una toma sanguínea llevada a cabo a través de la realización de una punción dactilar.
3. *Vid.* SSTS 827/2011, de 25 de octubre; 709/2013, de 10 de octubre; 948/2013, de 10 de diciembre; 794/2015, de 3 de diciembre y, dado que también se halla en sintonía con esta cuestión, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN.
4. *Vid.*, aquí, las resoluciones que representaron una verdadera clave en su momento sobre esta materia y, más en particular, SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre y, posteriormente, STS 803/2003, de 4 de junio.
5. En la legislación española solamente se prevé de forma expresa, por el momento, la regulación de esta clase de intervenciones corporales —con fines de identificación genética—, amén de los test de alcoholemia. Algunas consideraciones de interés acerca del principio de proporcionalidad pueden consultarse en el trabajo de Matallín Evangelio (2008: 94 y ss.).
6. Sobre los defectos que alberga la redacción de dicho precepto, *vid.* Iglesias Canle (2006: 175-202).
7. Pues aunque en este artículo no se indique así explícitamente, es claro que no solo puede ser sujeto pasivo el investigado, sino también la víctima e inclusive terceros sujetos
8. Esta es la medida de realización prototípica por la sencillez de su realización, así como por la leve injerencia física que la misma implica.
9. En casos de agresiones sexuales, particularmente en las más graves, resulta elemental efectuar exploraciones vaginales y/o anales, lógicamente contando siempre con el expreso consentimiento de la víctima a tal efecto, tomando en consideración las directrices contenidas en la normativa comunitaria y, más en peculiar, la pionera Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la antedicha Decisión, así como lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 30 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
10. *Vid.*, sobre este particular, Iglesias Canle (2011: 161-164); y Kobilinsky, Liotti y Oeser-Sweat, 2005: 30-33).
11. *Cf.*, en este sentido, principalmente, la Recomendación sobre la utilización de los análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de febrero de 1992, el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008.
12. La LO 10/2007, de 8 de octubre, tampoco facilitó una solución sobre este particular, por cuanto su Disposición Adicional Tercera establece que «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Asimismo, el indicado art. 3, concretamente, en su apartado 1 a) preconiza que «se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados».

13. La principal defensora de esta teoría es Huertas Martín (1999: 410 y ss.). Este criterio ha venido siendo secundado, entre otras, por las SSTS 107/2003, de 4 de febrero; 151/2010, de 22 de febrero y 169/2015, de 13 de marzo
14. *Cfr.* aquí, entre otras sentencias que avalan esta solución, la STS 803/2003, de 4 de junio y, a modo de jurisprudencia menor, destaca también la SAP de Barcelona núm. 678/2004, (Sección 7ª), de 5 de julio. Esta posibilidad fue rechazada por la mayor parte de la doctrina, habida cuenta de su ineficacia y de la falta de garantías procesales de que adolece; además, podría generar, como efecto perverso, un favorecimiento o empuje para que el delincuente lograra la impunidad. *Vid.* aquí, entre otros autores, Abel Lluch (2011: 139 y 140); y Etxeberria Guridi (1999: 443 y ss.), quienes se muestran contrarios a esta posibilidad.
15. *Cfr.* sobre esta particular cuestión, entre otros muchos autores, González-Cuéllar Serrano (1990: 294-297); e Iglesias Canle (2003: 48). Debe reseñarse que la habilitación o mención legal necesaria a tal fin debía ser plasmada, en todo caso, habida cuenta de la injerencia que implica una medida de tales características en la esfera de los derechos fundamentales, en una norma con rango de ley orgánica.
16. *Vid.*, sustancialmente, en este sentido, el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008.
17. Soletó Muñoz (2009: 128). Esta autora considera —como es además común en la *praxis*— que la diligencia de entrada y registro domiciliario o del lugar de trabajo del investigado practicada con la pretensión de obtener muestras o vestigios biológicos que sirvan para efectuar una prueba de ADN resulta apropiada y es lícita, siempre que la misma sea debidamente acordada por el juez con arreglo a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. En este sentido, además de la necesidad de concurrencia de gravedad delictiva en los hechos, así como de indicios suficientes de criminalidad en relación al investigado en cuestión, es preciso que la medida que se autorice judicialmente sea necesaria, idónea y proporcionada en sentido estricto. Sobre los presupuestos integrantes del principio de proporcionalidad, *vid.* entre otros autores, González-Cuéllar Serrano (1990: 305-310); e Iglesias Canle (2003: 89-101).
18. El art. 37 de dicho Convenio, que lleva por título «Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos», dispone, en su primer apartado, que «a efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el Derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio». Seguidamente, en su segundo apartado, precisa que «cada Parte, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y dirección de una sola autoridad nacional responsable a los efectos del apartado 1». Por último, en su tercer apartado, establece que «cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que la información a que hace referencia el apartado 1 pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su Derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes».
19. Critica este extremo Etxeberria Guridi (2016: 623).
20. Estos particulares serán desarrollados directamente, dados los límites de extensión previstos para este trabajo, en el siguiente epígrafe, donde, como ya hemos avanzado en el resumen, trataremos de facilitar las claves prácticas básicas en materia de pruebas de ADN para el ejercicio de la abogacía.
21. Con la finalidad de abordar la reforma de las cuestiones más urgentes en el ámbito del proceso penal se han aprobado precisamente la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.
22. *Vid.*, en relación con este particular, Álvarez de Neyra Kappler (2013: 5-20); y Moreno Verdejo (2014: 129-140).
23. En esta línea sobresalen las SSTS 940/2007, de 7 de junio (a pesar de que incoherentemente considera que no procede declarar ilícita la prueba aunque la toma de la muestra biológica indubitada se haya efectuado sin asesoramiento letrado), 685/2010, de 7 de julio y 353/2011, de 25 de octubre.

En sentido opuesto, destacaba el art. 265.2 del Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 que preveía que si el imputado se hallase detenido podría prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilizasen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal. Igualmente el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la organización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 5 de diciembre de 2014, propugnaba en la redacción propuesta como modificación del apartado 2 del art. 520 de la LECrim que «la asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN». Ello se contempló a pesar de que pocos meses antes se había dictado el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, mediante el cual se convino que «la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial». Con dicho Acuerdo se venía, al fin, a superar la anterior doctrina emanada del Acuerdo Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005, donde se había concluido que no era necesaria la información de derechos del art. 24 de la CE para extraer muestras biológicas a fin de realizar un análisis de ADN a una persona detenida.

Por su parte, la STS 709/2013, de 10 de octubre, se posicionó contra la preceptividad de asistencia letrada al considerar que «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». Análogamente, algunos autores opinan que no debería exigirse la asistencia letrada, entre los que destaca Dolz Lago (2012: 5).

24. Cfr. López Ortega (2014: 106); e Iglesias Canle (2003: 79).

25. Esto se contempló a fin de acatar las exigencias marcadas por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con un tercero y con autoridades consulares, cuyo plazo de transposición finalizaba 27 de noviembre de 2016.

26. En cambio, sí es cierto, por lo que se nos escapa en cierta medida cuál ha sido aquí la voluntad real del legislador, que el art. 520.6 c) de la LECrim, en su inciso segundo, al referir la posibilidad de recurrir a la *vis physica*, a diferencia de lo dispuesto en el art. 129 bis del Código Penal —que no especifica las medidas a realizar a tal fin—, lo hace ciñéndose, como ya hemos indicado *ut supra*, a la efectuar de un frotis bucal.

27. Si bien, lo cierto es que, por el momento —y a salvo de una futura interpretación jurisprudencial extensiva, teniendo en cuenta que el art. 129 bis no especifica el tipo de medida a utilizar respecto de las personas condenadas—, en el caso del art. 520.6 c), inciso segundo, de la LECrim única y exclusivamente se hace mención a la práctica de frotis bucal.

28. En efecto, lo más usual en la práctica es que la muestra biológica indubitada se obtenga a través de la realización de un frotis bucal, por la mínima injerencia física que implica esta medida y por la facilidad y simpleza con la que se practica. Ahora bien, a nuestro parecer, lo más aconsejable sería que en el marco de una regulación completa y acabada de las pruebas de ADN y las intervenciones corporales se recogiese el elenco de medidas que, en función del caso concreto, el juez podría autorizar, fundamentando siempre, como es obvio, su decisión y priorizando entre aquellas que —aun siendo leves— conlleven una menor injerencia física.

29. No debemos dejar al margen los requisitos que han de concurrir para proceder a practicar una detención de forma lícita y que se concretan esencialmente en los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*. Vid., sobre este particular aspecto, Asencio Mellado (2015: 212-213).

30. Desconocemos si meditada y querida así de manera consciente por el legislador o si, por el contrario, se trata de un error fruto de las prisas con las que se implementaron las reformas del último tramo del año 2015.

31. Cfr. en lo que respecta a tal extremo, Richard González (2014: 5-6). Disponible en: <<http://diariolaley.laley.es>>. [Consulta: 29/05/2015]. Debemos explicitar aquí que, a pesar de que las consideraciones ofrecidas por este autor no se refieren exactamente a la redacción del art. 520.6 c), párrafo segundo, de la LECrim, sí resultan plenamente extrapolables al mismo.

32. Vid., en relación con esta cuestión lo comentado en el inciso final de la nota a pie de página núm. 17.

33. Si esta fue la única y verdadera intención de quienes legislaron, es diáfano que ignoraban las dificultades prácticas de proceder a la extracción de una muestra biológica indubitada de una persona que se opone radicalmente a facilitar la misma de manera voluntaria, llegando a oponer una resistencia física real, pues sino no se habrían ceñido a mencionar únicamente la utilización del frotis bucal, dadas las complicaciones que la práctica de esta medida suscita a la hora de ejecutarse coercitivamente si el sujeto en concreto se niega a abrir la boca. Además, pensaron en un momento muy concreto, «la detención policial», sin reparar en la posibilidad de que la práctica de la diligencia se efectúe en un momento posterior, al margen de lo establecido en el art. 129 bis del Código Penal.

34. Esta teoría parece venir a suscribirse precisamente por la STS 794/2015, de 3 de diciembre, en la que se declara que «[...] la conveniencia de que la falta de consentimiento, en su caso, conste de forma nítida, firme e innegable, se refuerza a la vista de la reforma introducida por la LO 13/2015, 5 de octubre, que ha dado nueva redacción al art. 520 de la LECrim [...]». Asimismo, se añade que la lectura de este precepto «permite afirmar que el legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis del CP. De ahí que cobre especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas —cuando ya es inviable el contraste— basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado. Sobre todo, si lo fue ante letrado que, en el legítimo ejercicio del derecho de asistencia letrada, no consideró oportuno reflejar una protesta formal en el acta mediante el que se documentó esa diligencia de investigación».

35. *Cfr.*, entre otras muchas, SSTS 1697/1994, 4 de octubre; 107/2003, de 4 de febrero y 151/2010, de 22 de febrero. Con otras palabras, pero con una repercusión similar, la STS 781/2016, de 19 de octubre concluye que «[...] la negativa del acusado a propiciar la realización de la pericia de ADN no integra una prueba de cargo contra él ni incrementa el acervo probatorio que lo incrimina, pero sí debilita la veracidad de sus alegaciones de descargo en vista de lo fácil que le era fundamentarlas y potenciarlas en una tesitura procesal en que todo el cuadro probatorio se mostraba contrario a sus alegaciones exculporias».

36. Si son negativos porque no se ha producido ninguna coincidencia tras la realización del cotejo de los perfiles genéticos, los mismos tendrán un carácter absoluto.

37. Sobre la eficacia y valoración de las pruebas de ADN en el seno del proceso penal, *vid.*, entre otros autores, Iglesias Canle (2003: 127-129).

38. *Vid.*, en relación con esta particular cuestión, De Urbano Castrillo (2012: 19).

39. *Cfr.*, aquí, entre otros muchos autores, Armenteros León (2007: 1892).

40. Lo que, a fin de cuentas, se desprende del contenido del art. 1 del Estatuto General de la Abogacía Española.

41. En efecto, en la práctica, «el principal problema es que la cancelación debiera ser de oficio y la misma no puede llevarse a cabo porque al ser un registro de carácter policial y no judicial desconoce el Ministerio del Interior cuando se produce la sentencia absolutoria o la cancelación del antecedente penal al no comunicársele. Y más complicado es que pueda entrar a valorar por sí solo si un hecho ha prescrito o no por ser plazo que puede interrumpirse por multitud de avatares materiales y procesales» (Frías Martínez, 2013: 1360-1361).

42. Sánchez Stewart (2012: 27).

43. En atención a los plazos previstos en el art. 9 de la L. O. 10/2007, de 8 de octubre.

44. No obstante, otros autores opinan que estaríamos ante un supuesto de ilicitud probatoria o que incluso sería de aplicación la teoría relativa al hallazgo casual. *Vid.*, en esta línea, Zafra Espinosa de los Monteros (2014: 1273).

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier (2011): «Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras» en X. Abel Lluch y M. Richard González (dirs.), *Estudios sobre prueba penal. Actos de investiga-*

- ción y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, vol. II, Madrid: La Ley, 115-141.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana (2013): «El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 102, 5-20.
- ARMENTEROS LEÓN, Miguel (2007): «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 6738, Año XXVIII, 19 junio 2007, D-144, 1882-1895.
- ASENCIO MELLADO, José María (2015): *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (2012): «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, mayo, 5-26.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús (2012): «ADN y derechos fundamentales: breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN —frotis bucal— a detenidos e imputados», *Diario La ley*, núm. 7774, 12 de enero, 1-10.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco (1999): *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Madrid: Trivium.
- (2016): «Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en M. Jimeno Bulnes y J. Pérez Gil, J. (coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona: Bosch.
- FRÍAS MARTÍNEZ, Emilio (2013): «ADN y privacidad en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 8159, 30 septiembre, D-329. 1354-1362.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2014): «Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis del ADN» en J. L. Gómez Colomer (coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex.
- HOMBREIRO NORIEGA, Luis Francisco (2013): *El ADN de Locard: genética forense y criminalística*, Madrid: Reus.
- IGLESIAS CANLE, Inés Celia (2003): *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid: Colex.
- (2006): «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECRIM.: la quiebra del principio de legalidad», *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid: Colex, 175-202.
- (2011): «La prueba en violencia sexual: especial referencia a la prueba de ADN» en M. Lameiras Fernández y I. C. Iglesias Canle (coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 161-204.
- MARZILLI, Alan, *DNA Evidence*, Philadelphia: Chelsea House Publishers.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José (2014): «La tutela de la intimidad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013», en M. Casado y M. Guillén, M. (coords.) con VV.AA., *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (2008): *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (2014): «Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia», *Diario La Ley*, 8445, 19 de diciembre, 1-16.
- SÁNCHEZ STEWART, Nielson (2012): *Manual de deontología para abogados*, Madrid: Dikynson.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocio (2014): «El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales», *Diario La Ley*, 8283, 1267-1277.

Fecha de recepción: 1 de junio de 2017

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017