

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 73/1 enero-junio 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

ESTUDIOS

EL CASO ESPAÑOL DE AHMED TOMMOHUI Y LA VIRTUALIDAD DE LAS PRUEBAS DE ADN COMO PRUEBAS DE EXCLUSIÓN

*The Spanish case of Ahmed Tommohui and the virtuality
of DNA tests as exclusion evidences*

María Victoria Álvarez Buján

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad Internacional de La Rioja, Logroño. España
<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

<https://doi.org/10.18543/ed.3324>

Fecha de recepción: 03.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 73/1, enero-junio 2025

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

EL CASO ESPAÑOL DE AHMED TOMMOHUI Y LA VIRTUALIDAD DE LAS PRUEBAS DE ADN COMO PRUEBAS DE EXCLUSIÓN

*The Spanish case of Ahmed Tommohui and the virtuality
of DNA tests as exclusion evidences*

María Victoria Álvarez Buján¹

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad Internacional de La Rioja, Logroño, España
<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

<https://doi.org/10.18543/ed.3324>

Fecha de recepción: 03.03.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

Resumen

El principal objetivo de este estudio es centrarse en la regulación y práctica de las pruebas genéticas realizadas con fines de investigación criminal, con especial énfasis en su potencial como prueba excluyente en procesos penales. El análisis se basa en la situación histórica y actual del ordenamiento jurídico español (pendiente de una reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y los retos que plantean casos reales, como el de Ahmed Tommohui, quien, tras cumplir una pena de prisión durante años, fue finalmente declarado inocente por el Tribunal Supremo, en el marco de un recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes. Para la resolución de este recurso excepcional o, mejor dicho, del proceso autónomo de revisión de sentencias firmes, se presentaron cruciales los resultados de las ADN realizadas en su momento e ignoradas en el juicio, ante la falta de ratificación del informe pericial por parte de los técnicos que lo emitieron.

¹ Email de contacto: mariavictoria.alvarezbujan@unir.net

Palabras clave

Pruebas de exclusión, ADN, proceso penal, error judicial, liberación de personas inocentes condenadas.

Abstract

The main aim of this study is to focus on the regulation and practice of genetic tests carried out for criminal investigation purposes, with special emphasis on their potential as exclusionary evidence in criminal proceedings. The analysis is based on the historical and current situation in the Spanish legal system (pending a comprehensive reform of the Criminal Procedure Act) and the challenges posed by real cases, such as that of Ahmed Tommohui, who, after serving a prison sentence for years was finally declared innocent by the Supreme Court of Spain, within the framework of an extraordinary appeal for review of final sentences. For the resolution of this exceptional appeal or, rather, the autonomous process of review of final sentences, the results of the DNA made at the time and ignored in the trial were crucial, given the lack of ratification of the expert report by the technicians who issued it.

Keywords

Exclusion evidences, DNA, criminal process, judicial error, release of innocent convicts.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EL CASO PARTICULAR DE AHMED TOMMOHUI EN ESPAÑA. II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS PRUEBAS DE ADN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. III. LA BASE DE DATOS DE IDENTIFICADORES GENÉTICOS EN ESPAÑA: RESUMEN DE LA NORMATIVA Y PROBLEMAS ACTUALES. IV. CONCLUSIONES: CUESTIONES CLAVE Y RETOS ACTUALES DE LAS PRUEBAS DE ADN AMBIVALENTES EN EL SISTEMA ESPAÑOL. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO PARTICULAR DE AHMED TOMMOHUI EN ESPAÑA

Los análisis genéticos no solo se pueden emplear para intentar demostrar la autoría/culpabilidad de un sujeto investigado, sino que también pueden resultar más que útiles al objeto de exonerar a una persona sospechosa o investigada, y en este sentido, se vienen utilizando como una herramienta para liberar a condenados inocentes. Así, este tipo de pruebas permite proteger o tutelar a quienes realmente son inocentes y posibilita corregir los errores judiciales que lamentablemente se producen en alguna ocasión. Gracias a la Genética Forense y a la virtualidad de los resultados de ADN, en las últimas décadas ha sido posible revisar asuntos judiciales concluidos por sentencias condenatorias de sujetos que, en realidad, no habían sido los verdaderos autores de los hechos delictivos por los que fueron procesados².

En relación a esta idea destaca el llamado “Innocence Project” del que forman parte Abogados, Fiscales, Jueces, Profesores Universitarios, Senadores, políticos y ciudadanos anónimos. Se trata de una organización sin ánimo de lucro³, cuyo objetivo es intentar demostrar la inocencia de personas que fueron condenadas errónea o injustamente y que cumplen pena de prisión⁴.

Las pruebas de ADN ofrecen la posibilidad de revisar las condenas firmes comparando los perfiles genéticos de personas condenadas con los perfiles

² Vid. entre otros autores, Felicioni, P., «L’Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l’acquisizione e l’utilizzazione probatoria dei profili genetici», *Diritto penale e processo*, 2, 2, 2009, p. 14; Tonini, P., «Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge», *Diritto penale e processo*, 7, 2010. p. 885, nota a pie de página n.º 9 y Johnson, P.; Williams, R., «Post-conviction DNA testing: the UK’s first ‘exoneration’ case?», *Scientific & Justice*, 44, 2, 2004, pp. 77-82.

³ Fue fundada en 1992 por Peter Neufeld y Barry Scheck en Cardozo School of Law. Sobre el papel de Innocence Project, vid., Hombreiro Noriega, L. *El ADN de Locard: genética forense y criminalística*, Reus, Madrid, 2013, p. 19 y Kobilinsky, L.; Liotti, T. F.; Oesersweat, J., *DNA: Forensic and Legal Applications*, Wiley-Interscience, Hoboken, New Jersey, 2005, pp. 275-276.

⁴ Se puede consultar la información disponible en <https://innocenceproject.org/> (Última consulta: 01/03/2025).

genéticos que pueden extraerse de muestras biológicas dubitadas, es decir, aquellas obtenidas en la escena del crimen (o en el cuerpo de la víctima). A modo de ejemplo, Marcellus Williams fue declarado culpable de asesinato en el estado de Missouri⁵ y la ejecución de la pena fue suspendida después de que los resultados de una prueba de ADN revelaran que el arma homicida contenía los perfiles genéticos de una persona diferente⁶.

Sin duda, uno de los casos más cercanos y llamativos es el resuelto en España por el Tribunal Supremo, que admitió el recurso extraordinario de revisión (de sentencia firme) interpuesto por Ahmed Tommohui, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 954 y ss. de la LECrim, contra la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona en 1992.

Este hombre fue condenado por dos delitos de violación y dos lesiones leves y permaneció privado de libertad durante años. En 2023, gracias a la virtualidad de las pruebas de ADN, se pudo confirmar que no cometió estos delitos. Se comprobó que los identificadores genéticos extraídos del semen encontrado en la ropa interior de la víctima (mujer agredida) no correspondían con los marcadores biológicos del ADN del recurrente. Además, la víctima reconoció décadas después que se había equivocado al identificarlo.

Y en relación con los anteriores extremos, cabe señalar que las pruebas de ADN, cuando arrojan un resultado negativo, tienen un valor absoluto; es decir, si al comparar los perfiles no hay coincidencia entre los dubitados y los indubitados, se puede inferir que la exclusión es completa y que, sin lugar a dudas, el sujeto investigado (cuyos perfiles se están comparando con los hallados en el cuerpo de la víctima o en el lugar de los hechos) no pudo haber cometido el delito⁷. Por ello, la propia naturaleza y virtualidad de las pruebas de ADN puede ser una pista importante a la hora de eliminar las sospechas que recaen sobre una persona, sirviendo con fines exculpatorios.

Sin embargo, si existe coincidencia entre los perfiles, el resultado debe interpretarse siempre en términos indiciarios y probabilísticos, teniendo en

⁵ En la actualidad continúa en el corredor de la muerte. <https://deathpenaltyinfo.org/news/missouri-governor-silent-on-marcellus-williams-case-5-years-after-execution-halted-for-board-of-inquiry-innocence-review> (Última consulta 01/03/2025).

⁶ Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 64-67; Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 151-152.

⁷ Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 493-519; Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 151-152; Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal», *Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 23, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor-Navarra, 2010, p. 37.

cuenta todo el conjunto de evidencias y sin que pueda nunca atribuirse un valor absoluto a este resultado de coincidencia “match”, debido a la propia naturaleza de las pruebas genéticas⁸. En este sentido, “*no hay que olvidar que la prueba de ADN se basa en el análisis de una pequeña secuencia genética de la persona analizada, que se contrasta con la variable poblacional más frecuente en el entorno al que pertenece el sujeto. Y que de esa operación matemática, que acaece después del análisis biológico, se extrae el resultado, siempre estadístico, de si pueden ser el mismo el ADN analizado y el del individuo evaluado*”⁹. Así, si no hay coincidencia entre el perfil dubitado y el perfil indubitado, queda claro que la persona sospechosa/investigada (de la que se han obtenido las muestras biológicas indubitadas) y aquella a la que pertenecen las muestras biológicas dubitadas no son la misma persona, pero si la hay, es preciso determinar la probabilidad.

Contrariamente a la creencia popular, que está en gran parte motivada por la influencia de los “medios amarillistas o sensacionalistas”, incluso si se detecta una coincidencia entre perfiles, lo único que *a priori y per se* demuestra esto es la presencia del sujeto investigado en el lugar del crimen o que ha tenido contacto (físico) con la víctima, lo que por sí solo nunca será suficiente para destruir la presunción de inocencia. La importancia de estos resultados dependerá, por tanto, de los demás indicios y pruebas concomitantes, considerando si apuntan o no en una dirección incriminatoria¹⁰.

Los agentes de policía encargados del caso por el que fue condenado el ciudadano Ahmed Tommohui analizaron durante la investigación varios restos de semen encontrados en la ropa interior que llevaba la víctima, y el acusado accedió voluntariamente en todo momento a que se comparasen con

⁸ Vid. De Urbano Castrillo, E. «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, 2012, p. 19; Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano...*, op. cit., pp. 149-159; 202 y Kobilinsky, L.; Liotti, T. F.; Oesersweat, J., *DNA: Forensic and Legal Applications...*, op. cit., pp. 273-274.

De Urbano Castrillo, E., «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, 2012, p. 18.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 493-519.

El resultado del test de ADN “*representa sólo un indicio destinado a ser valorado en el contexto de todas las pruebas relativas al desarrollo de los hechos que son objeto de juicio. En esta situación se podrá decir que el indicio ha sido cerciorado con un construívelo grado de probabilidad, pero las conclusiones que pueden ser extraídas del indicio derivan de ulteriores pasos de razonamiento decisorio del juez*”. Taruffo, M., «Le prove genetiche nel processo civile e penale» en Rodotà, S.; Zatti, P. (Dirs.), *Trattato di Biodiritto Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 444-445.

varias muestras de ADN obtenidas de su sangre y saliva. Los resultados del análisis mostraron que el semen no pertenecía a Ahmed Tommouhi. Sin embargo, este hecho no fue conocido por el tribunal porque los peritos que redactaron el informe no comparecieron a declarar, a pesar de que se había propuesto y admitido como prueba¹¹.

En el momento en que se realizaron estos análisis aún no se había aprobado en España la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre¹², por la que se regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, ni se había incluido la regulación de las pruebas de ADN en los arts. 326.3 y 363.2 de la LECrim (y obviamente tampoco se había introducido el inciso Segundo del art. 520.6 c) de la LECrim).

La regulación de la práctica de las pruebas de ADN era en aquel momento (y aún hoy, mejorable) más que escasa, insuficiente y carente de garantías. Y así, contrariamente a lo que solicitó el abogado de la defensa en el juicio, el tribunal que juzgó el caso consideró que no era necesario suspender el juicio para que los peritos que realizaron los informes sobre los perfiles de ADN pudieran declarar a fin de explicar por qué Tommouhi no podía ser el autor de los hechos delictivos.

En 1991, cuando se cometieron varias violaciones en las provincias de Barcelona y Tarragona, Ahmed Tommouhi y su compatriota Abderrazak fueron encarcelados como parte de la investigación. Sin embargo, el informe científico de 1993 concluyó que no había pruebas de que los dos hombres se conocieran.

En 1995, la policía arrestó a otro sujeto por varias violaciones similares (en términos de *modus operandi*) a las cometidas en 1991. Este sujeto, Antonio G.C., tenía un parecido físico significativo con Tommouhi. Además, la Guardia Civil confirmó que una de las cuatro violaciones de las que se acusa a Tommouhi había sido cometida efectivamente por Antonio G.C., gracias a pruebas de ADN. Sin embargo, de las otras tres violaciones no se conservaron rastros ni restos biológicos que pudieran ser analizados, por lo que la acusación por estos crímenes quedó apuntando a Tommouhi.

Así, Ahmed Tommouhi pasó años en prisión esperando un indulto que nunca le fue concedido. El Tribunal Supremo lo había recomendado y el entonces Fiscal General de Cataluña, José María Mena, lo había solicitado en

¹¹ Información al respecto se encuentra disponible en los siguientes enlaces: <https://cadenaser.com/nacional/2023/06/29/el-supremo-anula-una-condena-a-un-hombre-que-estuvo-15-anos-en-la-carcel-por-un-crimen-que-no-cometio-cadena-ser/> (Última consulta: 01/03/2025); <https://www.abc.es/espana/cataluna/anulada-condena-ahmed-tommouhi-paso-anos-prision-20230629105722-nt.html> (Última consulta: 01/03/2025); <http://www.tommouhi.com/Tommouhi-calvario.html> (Última consulta: 01/03/2025).

¹² Un análisis sintético del contenido de esta norma puede consultarse en Iglesias Canle, I. C., «Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre...», *op. cit.*, pp. 1-9.

1999. Sin embargo, ni el Gobierno (Ejecutivo) del Partido Popular (PP) ni el del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) se atrevieron a conceder el indulto a un hombre condenado por varias violaciones¹³.

Cabe recordar también que en junio de 2000, el Tribunal Supremo denegó a la defensa la autorización necesaria para interponer un recurso extraordinario de revisión, al considerar que las dudas sobre la participación de Tommouhi que podían suscitar las nuevas pruebas no eran suficientes para establecer de forma inequívoca y definitiva la inocencia del sujeto condenado.

¿Por qué falló entonces la maquinaria judicial? La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se basó fundamentalmente en el reconocimiento y declaración de una de las víctimas (que admitió años después que se había equivocado al identificar al sujeto¹⁴). Esto finalmente resultó en un error o defecto en la interpretación y valoración de la prueba comoetido por el órgano de enjuiciamiento que obvió la relevancia de garantizar el principio de contradicción en la práctica de la prueba pericial.

Tras un largo recorrido (que acabamos de resumir), Ahmed Tommouhi (Nador, 1951), ciudadano de origen marroquí, fue declarado inocente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España a la edad de 72 años, tras haber cumplido una injusta pena de prisión¹⁵.

Y a título comparativo, cabe que nos hagamos la siguiente pregunta. ¿Cuáles habrían sido las diferencias sustanciales en relación a la práctica probatoria si el juicio de Ahmed Tommouhi se hubiese celebrado hoy?

Pues bien, en cuanto a la práctica de la prueba científica en el ámbito de la regulación y ejercicio del proceso penal en España, parece que ya no cabe duda de la necesidad de que los peritos que elaboran y firman los informes sobre pruebas de ADN se presenten en el juicio oral con el objetivo de explicarlas, ratificar sus conclusiones y ponerse a disposición de las partes para que estas expresen sus objeciones y, en su caso, determinen si puede haberse producido una ruptura en la cadena de custodia. De hecho, así se propone expresamente en el art. 339 del Anteproyecto de LECrim de 2020.

La ratificación y aclaración por parte de peritos en juicio es fundamental para poder practicar y valorar la prueba con las garantías necesarias. Sin

¹³ Lo que llama la atención también porque el Partido Socialista había exigido este indulto cuando formaban parte de la oposición en el Gobierno español.

¹⁴ Jamaro, M. "El Supremo anula una condena de 24 años por violación a un hombre tras admitir nuevas pruebas de ADN", *El Debate*, 29/06/2023. Disponible en https://www.eldebate.com/espana/20230629/supremo-anula-condena-24-anos-violacion-hombre-admitir-nuevas-pruebas-adn_124840.html (Consultado: 01/03/2024).

Montes, P. «El Supremo anula la sentencia de Tommouhi décadas después de conocer su inocencia», *Economist & Jurist* 29/06/2023. <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-supremo-anula-la-sentencia-de-tommouhi-decadas-despues-de-conocer-su-inocencia/>

¹⁵ Fue condenado a 24 años de prisión en 1992.

embargo, cuando es necesario ratificar un informe pericial elaborado por un laboratorio oficial (acreditado y cumpliendo con los lineamientos para asegurar la cadena de custodia), como es el caso de una prueba de ADN, en la praxis la jurisprudencia acepta como suficiente que en el acto del juicio comparezca para deponer “*el Jefe de Servicio del Organismo oficial o cualquier otro que le represente, no siendo necesario (STS de 11 de febrero de 2002) que concurren dos peritos¹⁶, ni quienes realizaron materialmente cada una de las actividades analíticas. La comparecencia del perito diferente al que firmó el informe (STS de 6 de septiembre de 2006) no afecta a su validez probatoria pues se trata de procedimientos estandarizados en los que sólo se podría haber discutido contradictoriamente el método y procedimiento de la pericia para el que los que conforman el organismo están plenamente capacitados*”¹⁷.

En todo caso, lo relevante es la clara necesidad de la presencia en el juicio oral de un técnico/perito que ratifique el informe, lo explique, lo aclare y pueda someterlo a contradicción efectiva. Esto se relaciona con la propia naturaleza de la prueba pericial, la cual se realiza en diferentes fases y, en este sentido, no es suficiente un informe escrito emitido durante la investigación, que luego se traslade (automáticamente) como prueba al juicio oral; dado que la producción de prueba como tal requiere la declaración del perito en el juicio oral. Y, nuestro entender, lo contrario vulnera no solo el principio de contradicción, sino también el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo, particularmente en lo que respecta a las reglas para la producción de prueba válida.

II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS PRUEBAS DE ADN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Antes de la reforma del Código Penal del año 2003¹⁸ en el ordenamiento jurídico español no existía regulación expresa de las pruebas de ADN. Por

¹⁶ Teniendo en cuenta la arcaica mención en este sentido que todavía se mantiene en relación a la prueba pericial en nuestra anacrónica LECrim, pendiente de una reforma integral. Vid. especialmente art. 459 de la LECrim.

¹⁷ Velasco Núñez, E. «La prueba pericial», *Diario La Ley*, 8258, 25/02/2014, p. 10.

En relación con esta cuestión, consideramos que el Jefe de Servicio o cualquier perito/a, aunque no sea específicamente quien realizó el análisis y plasmó los resultados en el informe, puede asistir al juicio oral y proporcionar allí las explicaciones y aclaraciones oportunas, a la vista del contenido y conclusiones reseñadas en el propio informe, que deberá ser revisado previamente. Ahora bien, creemos que en el caso de que se pusiese en duda la correcta conservación de la cadena de custodia, sí procedería y vendría a exigir que comparecieran ante el juicio los/as profesionales que hubiesen realizado materialmente cada una de las actividades analíticas y, más en concreto, aquellas en cuya ejecución se supone que se produjo pudo producir el error.

¹⁸ L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre.

eso y como tradicionalmente ha venido sucediendo también en otros ámbitos, la Doctrina y la Jurisprudencia tuvieron que suplir las lagunas normativas en el sentido de avalar la realización de este tipo de pruebas por medio de autorización judicial motivada, buscando el apoyo a tal efecto en nuestra Carta Magna, pero también en la normativa internacional y las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Más tarde, la L.O. 15/2003 dio nueva redacción a los artículos 326 y 363 de la LECrim. Así, el artículo 326 en su párrafo tercero reguló (con destacable parquedad) la recogida de muestras biológicas dubitadas estableciendo:

«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».

El artículo 363, en su párrafo segundo, contempló la posibilidad de realizar medidas de intervención corporal con fines de identificación genética al disponer que «siempre que concurran 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».

Con todo, la realidad fue que el contenido de dichos preceptos continuó sin resultar suficiente. De hecho, el art. 363 de la LECrim provocó diversos y serios problemas de interpretación, ya que, entre otros aspectos, no precisa los sujetos pasivos que pueden ser objeto de una medida de estas características y tampoco ofrece una solución explícita para los casos en que la persona sospechosa/investigada se niegue a someterse a la misma (y facilitar su muestra biológica indubitada).

Por otro lado, la base de datos genéticos integral policial no se reguló hasta la aprobación y entrada en vigor de la L.O. 10/2007, lo que generó un incumplimiento palmario, por parte de España, de las directrices exigidas desde la Unión Europea en lo tocante a esta materia¹⁹.

Con tal situación, hubo que buscar soluciones para aplicar en la práctica, particularmente en los supuestos en que el sujeto investigado se negaba a

¹⁹ Iglesias Canle, I. C., «Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN», *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 2010, pp. 1-9.

facilitar una muestra biológica indubitada que permitiese practicar el correspondiente análisis de ADN. Simplificando el panorama, se optó, sustancialmente, por derivar de esa negativa un indicio incriminatorio sobre dicho sujeto²⁰ y, en algunos casos, por imputarle la comisión de un delito de desobediencia o, incluso, por usar este argumento como una suerte de apercibimiento (que pudiera entenderse incluso a modo de amenaza o coacción) a fin de lograr que el sujeto cediese y facilitase su muestra biológica²¹.

Pero la realidad es que estas soluciones no eran ni garantistas ni eficaces, pues no contribuían a avanzar de forma adecuada en la investigación del hecho delictivo ni eran consecuentes con el principio de búsqueda de la verdad material. Tampoco resultaban garantistas con los derechos de la persona investigada, sobre todo si atendemos al carácter ambivalente de las pruebas de ADN y a su alto grado de fiabilidad, razones por las que un importante sector de la doctrina, con el que coincidimos, defendió la necesidad de implementar una previsión legal expresa que autorizase el recurso a la coerción física, de manera proporcionada y atendiendo a las circunstancias del caso²².

Además, la comunicación transnacional de identificadores de ADN tiene notoria relevancia en el ámbito de la cooperación judicial internacional y la parquedad normativa existente en España, considerando, especial aunque no únicamente, la imposibilidad legal de conminar al sujeto investigado a que se sometiese a la práctica de una prueba genética, suponía un claro obstáculo para la fluidez y eficacia de esa comunicación y cooperación. Si no es posible recabar los identificadores genéticos de la persona investigada, los mismos tampoco pueden ser incorporados a la base de datos policial y, por extensión, la información que entrañan tampoco puede transmitirse a otros países²³.

²⁰ El principal exponente de la solución relativa a la aplicación de un indicio incriminatorio fue Huertas Martín, I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 410-413.

²¹ Asencio Mellado, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 152. Una exposición detallada y clara sobre las distintas posturas doctrinales, puede consultarse en Etxeberria Guridi, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 443-476.

²² Vid. entre otros, González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, pp. 294-295 e Iglesias Canle, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 102-126.

²³ Vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 601-691.

Sobre la relevancia y desafíos de la transmisión de identificadores genéticos en el marco de la cooperación judicial, vid. Cabezudo Bajo, M. J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 23-33.

Así las cosas, para tratar de conseguir muestras biológicas indubitadas en el marco de las investigaciones penales, se dictó el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II, de 31 de enero de 2006, con el objetivo de permitir que la policía pudiese recoger muestras abandonadas por la persona antes denominada imputada (ahora investigada), como por ejemplo, excrecencias o escupitajos, sin necesidad de recabar su consentimiento ni obtener autorización judicial. Este acuerdo llevó a que, en la práctica, se utilizasen recursos de dudosa licitud en un Estado de derecho, tales como:

- a) Ofrecer un vaso de agua o un cigarrillo a una persona detenida, para que cuando se deshaga de dichos elementos, se pueda recoger la saliva que haya quedado depositada en los mismos, considerándola como una categoría de muestra abandonada y, por tanto, sin consentimiento ni autorización judicial.
- b) Efectuar la recogida de muestras o vestigios mediante una entrada y registro domiciliario acordado previamente por el/la Juez/a de Instrucción competente, interpretando que los vestigios que allí se encuentren (como pelos en un peine o en una alhomada, o restos de saliva en vasos), son también de algún modo efectos “abandonados”.

Hubo muchos reclamos para modificar la normativa y varios intentos de llevar a cabo una reforma integral de la LECrim, de la mano del Anteproyecto para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y del ulterior Borrador de Código Procesal Penal, que no llegaron a ver la luz y sentaron la base para el más reciente Anteproyecto de LECrim de 2020, que también parece haber quedado estancado.

Ahora bien, el primer cambio reseñable, no tuvo lugar hasta que se añadió el artículo 129 bis al Código Penal, mediante la L.O. 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. En este precepto se estableció una consecuencia del delito en los siguientes términos:

«si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona

y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

En resumen, con la inclusión de este artículo se quería dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 37 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y en su redacción se contempló por primera vez y de forma expresa en el ordenamiento jurídico-penal, como venía reclamando parte de la doctrina, el recurso a la coacción física a fin de poder obtener muestras biológicas indubitadas y realizar las subsiguientes pruebas de ADN en el marco de las investigaciones criminales y los procesos penales.

Con todo, hubiese sido más lógico, por razones de sistematicidad normativa, incorporar la previsión del art. 129 bis del Código Penal en la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, puesto que es la norma que regula la base de datos de identificadores de ADN en España, pero esta solución implicaría buscar el consenso político necesario para reformar otra Ley Orgánica y emprender todos los trámites que implica la modificación de una norma. Así, a pesar de la dispersión normativa, se aprovechó la reforma del Código Penal, para introducir la citada previsión, que entró en vigor antes que el art. 520.6 c) de la LECrim, precepto de la norma procesal que también avala expresamente el recurso a la vis física.

De hecho, al entrar en vigor en 2015 la reforma parcial de la LECrim, que apuntaremos a continuación, el contenido del art. 129 bis del Código Penal perdió buena parte de su relevancia y sentido, aunque mantiene una utilidad relegada a los supuestos residuales en los que en el seno de la investigación y el proceso penal no se haya realizado la prueba de ADN y la correspondiente inscripción de identificadores, pudiendo practicarse estas actuaciones una vez que la persona acusada haya sido condenada (incluso recurriendo a la vis física).

En cualquier caso, el art. 129 bis del Código Penal fue objeto de críticas por diversos motivos. Al mencionar los delitos graves respecto de los cuales puede practicarse la medida, en lugar de hacer una mera remisión al art. 3.1. a) de la L.O. 10/2007, que habría sido lo más lógico por rigor y sistematicidad normativa, recoge un listado de delitos graves que no son idénticos a los reseñados en el citado precepto de la L.O. 10/2007, lo que produce confusión²⁴.

²⁴ En general, podríamos decir que se hace mención al mismo elenco de delitos, exceptuando los delitos contra el patrimonio que hayan sido cometidos con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas a los que solo alude el art. 3.1 a) de la L.O. 10/2007.

En otro orden de cosas, el hecho de que el art. 129 bis del Código Penal se refiera específicamente a las personas condenadas no supone ningún avance normativo, visto que ya se contemplaba la posibilidad de obtener perfiles genéticos de personas imputadas (ahora investigadas/encausadas en atención a la concreta fase procesal en la que nos situemos), procediendo a su inscripción en la base de datos y manteniendo la misma hasta que transcurra el tiempo señalado legalmente para la cancelación de los antecedentes penales si se dictase sentencia condenatoria firme o absolutoria por existir circunstancias eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad (salvo resolución judicial en contrario). E incluso está abierta la posibilidad (aunque cuestionable) de obtener e inscribir identificadores genéticos de personas meramente sospechosas, manteniendo la inscripción hasta que se produzca la prescripción del delito. Todo ello, ex art. 9 de la L.O. 10/2007, norma que entró en vigor mucho antes de que el art. 129 bis del Código Penal²⁵.

Por su parte, 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, modificó, como ya avanzamos, el art. 520 de la LECrim (dedicado a los derechos de las personas detenidas). Y desde entonces, a los efectos que nos ocupan, de especial importancia resulta el tenor del art. 520.6, apartado c, inciso segundo, que determina lo siguiente:

«Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

Ahora bien, este precepto incorpora la previsión específica del recurso a la vis física para la práctica de medidas de investigación consistentes en la obtención de muestras biológicas indubitadas para realizar pruebas de ADN, pero tal y como está redactado y ubicado dentro de la LECrim esconde ciertos problemas. En primer lugar, al referirse solo y específicamente a la persona

²⁵ Sobre las cuestiones aquí comentadas en relación al art. 129 bis del C.P., vid. Etxeberria Guridi, J. F., «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 Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J. M. Bosch, Barcelona, 2016, pp.623-626 y Álvarez Buján, M.V., *La prueba de ADN como prueba científica*, op. cit., pp.364-373.

detenida genera dudas sobre cómo proceder en relación a otras situaciones procesales.

¿Por qué no se refiere la previsión a la persona investigada en general, en la línea contemplada en otras propuestas legislativas previas que no llegaron a ver la luz, como el Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y el Anteproyecto de LECrim de 2020 (todavía en tramitación)?

A nuestro entender, ello debe obedecer a que el hueco que el legislador encontró en el marco de esa reforma parcial para incluir la citada previsión fue curiosamente el precepto que regula los derechos de las personas detenidas. Ahora bien, este matiz puede suscitar problemas prácticos. Por un lado, la previsión puede incrementar el riesgo de que se utilice la detención, que es una medida cautelar privativa de derechos, de un modo abusivo/excesivo/desproporcionado con la mera finalidad de intentar obtener una muestra biológica indubitada para efectuar la ulterior prueba de ADN.

La redacción del precepto también puede llevar a que se realicen pruebas de ADN a personas respecto de los cuales todavía no hayan recaído indicios racionales suficientes de criminalidad (uno de los requisitos comprendidos dentro del principio de proporcionalidad), pero que hayan sido detenidas por la policía como medida cautelar provisionalísima.

Amén de lo anterior, ni el art. 129 bis del Código Penal ni el art. 520.6 c) de la LECrim precisa cuáles son las concretas medidas coactivas que pueden utilizarse ni la forma de proceder en la práctica a tal fin, aspecto que puede sustentar la base de eventuales supuestos de nulidad o ilícito probatoria en relación con la obtención de muestras de ADN indubitadas²⁶.

Lo positivo, en todo caso, de estas reformas es que evitan el tener que acudir a los mencionados subterfugios como la obtención de muestras abandonadas. Sin embargo, llama poderosamente la atención que el Anteproyecto de LECrim de 2020, aun cuando mantiene la coerción física y completa la regulación de la misma y de la práctica de pruebas de ADN²⁷, avala igualmente estos recursos subrepticios que ponen en riesgo y en entredicho los derechos de las personas investigadas. ¿Dónde queda el reconocimiento de la preceptividad de la asistencia letrada si se ampara la obtención de muestras biológicas atribuidas o abandonadas?

²⁶ Sobre el significado y alcance de lo previsto en el art. 520.6 c), inciso segundo de la LECrim y las cuestiones aquí apuntadas, vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 345-352 y 365.

²⁷ Atribuyendo al/a la Juez/a de Garantías la competencia de determinar en su Auto, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad, la medida de obtención de la muestra biológica indubitada y las medidas para obtener la misma de forma coactiva si fuese necesario.

Parece que el texto prelegislativo trata de salvar sus incongruencias preservando la posibilidad de que la persona investigada facilite una muestra de contraste, ¿pero por qué ha de hacerlo? Si se contempla la vis física, a tal posibilidad debe recurrirse sin usar ningún subterfugio, pues, insistimos, ya no es necesario inventar y justificar vías sibilinas para tratar de recabar muestras biológicas indubitadas. El acuerdo del TS se dictó ante el vacío legal existente, esto es, ante la ausencia de una previsión legal expresa que avalase la coacción física y esto ya se ha contemplado en nuestro ordenamiento en el año 2015, si bien, a la espera de una regulación general más completa de las pruebas de ADN en el marco del texto que logre efectuar la reforma integral de nuestra anacrónica LECrim²⁸.

Un problema similar al planteado esconde la previsión del art. 335 del Anteproyecto de LECrim de 2020, al establecer que “salvo consentimiento expreso de la persona investigada o autorización judicial, en ningún caso podrán traerse al procedimiento las muestras o informaciones de la persona investigada obtenidas para otros fines”²⁹. Si bien esto se configura como una garantía del derecho a la intimidad –genética– y a la autodeterminación informativa, resulta que el referido precepto recoge una salvedad cuestionable al permitir que en los casos de comisión de un delito grave, cuando concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el/la Juez/a de Garantías pueda autorizar la utilización de muestras obtenidas para un fin diagnóstico, terapéutico o de investigación biomédica. ¿Por qué se va a utilizar un subterfugio de este tipo que además implica el acceso a información ligada a la salud, íntima y ajena a la necesaria para la investigación criminal, cuando ya tenemos la solución de la vis física? ¿Dónde está el espíritu garantista que proclama el texto en su Exposición de Motivos?

Obtener muestras biológicas indubitadas a partir de las bases de datos biomédicos o de salud resulta, a nuestro parecer, un método reprobable que puede redundar en nulidades probatorias, pero no supone un problema novedoso. El debate ya existe desde hace tiempo y ya en su momento MORA SÁNCHEZ aseveró que “*desde el punto de vista de la legalidad vigente no pueden aceptarse, bajo ningún concepto estas muestras o estos datos como prueba en contra de ese sujeto que está inmerso como imputado en un proceso penal*”³⁰.

²⁸ Álvarez Buján, M. V., «El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España», *CEFLEGAL. Revista práctica de derecho*, n.º 247-248, agosto-septiembre 2021, pp. 69-98.

²⁹ En una línea parecida, ya el art. 263.4 del previo y frustrado Anteproyecto para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 propuso que “salvo consentimiento expreso del investigado o autorización judicial, en ningún caso podrán traerse al procedimiento las muestras o informaciones del investigado obtenidas para otros fines”.

³⁰ Mora Sánchez, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001, p. 181.

Por su parte, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, consideró esta vía como un uso desviado de una muestra biológica fue obtenida para un fin (notoriamente) diferente y entendió que no bastaría con recabar una autorización judicial que permitiese a las autoridades policiales obtener una muestra biológica (que sería indubitada) de una persona sospechosa que obrase en un determinado banco de datos de ADN en un centro sanitario para hacer más tarde el análisis de cotejo³¹, pues “una resolución judicial no puede conformar a derecho en ningún caso el uso desviado de unas muestras biológicas obtenidas para finalidad distinta de la ulteriormente utilizada, pues faltaría el presupuesto de legitimidad necesario como es el del consentimiento para el uso de la muestra obtenida”³².

Al margen de lo anterior y considerando la ambivalencia de las pruebas de ADN, desde la óptica de la defensa, si a su derecho y estrategia conviene, no habría más que solicitar la práctica de una diligencia de toma de muestras biológicas directamente de la persona investigada para realizar el subsiguiente análisis comparativo con los identificadores genéticos extraídos a partir de las muestras biológicas dubitadas (halladas en el cuerpo de la víctima o en el lugar de los hechos) y poder descartar así la implicación del sujeto investigado en los hechos delictivos objeto de investigación. Ahora

³¹ Narváez Rodríguez, A., «La prueba de ADN: su normativa procesal», *Jueces para la Democracia*, n.º 51, 2004, p. 74.

³² *Ibidem*. Cfr. también Silva Rodrigues, B., *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, T. I., Rei dos Livros, Lisboa, 2010, pp. 553-554.

Cabe resaltar que, en su momento, el Tribunal Constitucional avaló este tipo de actuación supeditando la misma obviamente a que se dictase una autorización judicial, sin que la policía pudiese tener acceso directamente a ella. Y en relación con este punto, la STC 25/2005, de 14 de febrero cuenta con un voto particular de la magistrada D^a María Emilia Casas Baamonde, en el que argumenta que “el precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal en que se fundamenta la resolución impugnada de la Audiencia Provincial, el art. 339, no presta a la incorporación al proceso de la analítica practicada la cobertura legal exigida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales. Con independencia de que tal precepto parezca referirse a un tipo de supuestos (medios de “desaparición del cuerpo del delito” o pruebas recogidas “en su defecto”) en el que no es subsumible el analizado, es lo cierto que ni esta norma legal ni la más pertinente contenida en el art. 336 LECrim (relativa a la prueba pericial de “las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida”) suponen, por su carácter genérico, la “previsión legal específica” necesaria “para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b)]. No es una mera habilitación legal genérica la que demanda constitucionalmente la restricción judicial de derechos fundamentales, sino la expresa y concreta previsión de tal restricción”. A este voto particular se adhiere el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes.

bien, entendemos, por lo que expondremos en el apartado siguiente, que los identificadores de esta persona investigada (que además se muestra activa o directamente interesada en realizar la prueba de ADN y facilita *motu proprio* sus muestras biológicas) no deberían inscribirse en la base de datos.

III. LA BASE DE DATOS DE IDENTIFICADORES GENÉTICOS EN ESPAÑA: SÍNTESIS DE LA REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA PRESENTE

1. *La utilidad y relevancia de las bases de datos*

Las bases de datos genéticas son un mecanismo muy útil en la lucha contra la delincuencia porque permiten realizar comparaciones sistemáticas entre los identificadores de ADN obtenidos de muestras o rastros biológicos recogidos en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima, con los identificadores de ADN introducidos en esas bases de datos en relación con otros casos penales.

Gracias al almacenamiento y comparación de datos, resulta mucho más fácil determinar de forma efectiva quienes son los/as autores/as de hechos delictivos (graves), que de otra manera quedarían impunes y sin posibilidad de esclarecimiento, debiendo archivarlos los respectivos procesos penales iniciados al no poder dirigirse contra ninguna persona en concreto, debido a la falta de medios para lograr su identificación.

En suma, es posible comparar perfiles genéticos dubitados (los encontrados en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima) con otros que previamente están registrados en la base de datos como resultado de otra investigación o proceso penal, ya sean indubitados, es decir, si se registra la identificación de la persona a la que pertenecen, o dubitados³³, lo que significa que están registrados pero aún no se ha establecido la identidad de la persona a la que pertenecen³⁴.

Si se obtiene una coincidencia entre los perfiles genéticos comparados, dicho resultado servirá *a priori* como prueba de cargo en el juicio, salvo que la persona investigada –en la nueva causa penal– cuestione la toma de muestras biológicas realizadas en la causa anterior (aquella por la que se insertaron sus identificadores genéticos en la base de datos), el resultado inculpativo o la validez y licitud de los datos almacenados. Podría alegar, por ejemplo,

³³ Una comparación de perfiles dubitados es útil porque permite comprobar que una misma persona –aunque aún se desconozca su identidad– ha estado presente en el lugar de diferentes crímenes o ha tenido contacto con diferentes víctimas, lo que puede ser una pista clave para la investigación policial/criminal.

³⁴

que careció de asistencia letrada cuando prestó el consentimiento o que, en defecto del mismo, no se dictó la autorización judicial pertinente, lo que podría determinar la nulidad de la prueba e inclusive de la inscripción³⁵. En efecto, existe una presunción de veracidad (y corrección) respecto de los identificadores obtenidos del ADN y de la información almacenada en la base de datos, pero se configura *iuris tantum*, es decir, salvo prueba en contrario³⁶.

La práctica de pruebas de ADN y el uso de bases de datos de perfiles genéticos no solamente ayudan a castigar conductas delictivas (singularmente aquellas de especial gravedad y en las que los/as autores/as son reincidentes), sino que también pueden servir como medida preventiva (elemento disuasorio), para reducir la tasa de criminalidad y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en general, proporcionando en ocasiones, incluso, la clave para una estrategia defensiva que pasa por utilizar los resultados de los análisis de ADN como prueba de exclusión³⁷. Y en sentido opuesto o contrapartida, como ya hemos vneido apuntando, pueden también ayudar a descartar la implicación de personas (inocentes) en hechos delictivos que están siendo investigados.

2. Síntesis de la regulación española

Con la L.O. 10/2007, de de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se unificaron los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que se insertaban los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis genéticos practicados en el marco de las investigaciones penales y los procedimientos de identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas (art. 1).

Se implementó así una base de datos integral, de carácter policial y dependiente del Ministerio del Interior a través de la Secretaría de Estado de

³⁵ Vid. SSTS 680/2011, de 22 de junio; 827/2011, de 25 de octubre; 709/2013, de 10 de octubre; 948/2013, de 10 de diciembre; 11/2017, de 19 de enero; 854/2010, de 29 de septiembre; 680/2011, de 22 de junio y 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. Cfr. también SAP de Huesca, Sección I, de fecha 4 de Diciembre de 2009 y las consideraciones ofrecidas por Muñoz Marín, Á., «Agresión sexual. Prueba de ADN (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2011)», *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 131, 2011, pp. 165-170.

³⁶ Vid. Álvarez Buján, M.V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 544-549.

Cfr. también STS 11/2017, de 19 de enero.

³⁷ Vid. Alonso Alonso, A., «Conceptos básicos de ADN forense», *Estudios Jurídicos*, 2004, p. 1869.

Seguridad (art. 2), punto que fue bastante criticado, puesto que parte de la doctrina entendía que tenía que haberse reservado a la autoridad judicial la decisión sobre si procede o no inscribir los identificadores ADN en la base de datos (considerando los derechos a la intimidad genética a la autodeterminación informativa, así como el derecho de defensa y el derecho al justo proceso). Y la crítica no es gratuita, puesto que la realidad es que la norma permite que se inscriban identificadores de personas meramente sospechosas, que no tienen todavía el estatus de encausadas y, en ocasiones, ni siquiera el de investigadas (antes imputadas), siendo meras sospechosas policiales³⁸.

Son los laboratorios forenses del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, de los Mossos D'Esquadra, de la Ertzaintza, de la Policía Foral de Navarra y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses los que alimentan la base de datos y deben asegurar la autenticidad y veracidad de los identificadores genéticos, así como validar las coincidencias de identificadores (*match*) que detecten al realizar las búsquedas comparativas a través de la base de datos de datos (art. 6).

Los datos obtenidos a partir de los identificadores genéticos solo podrán usarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en el art. 3.1 a) de la L. O. 10/2007, de 8 de octubre³⁹. Y estos datos únicamente podrán cederse a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países, con arreglo a lo estipulado en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes, a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública y al Centro Nacional de Inteligencia (art. 7)⁴⁰.

Ahora bien, en este contexto, hemos de hacernos una pregunta: ¿Cuál es el grado de imputación que debe tener un sujeto para que se puedan contrastar sus identificadores genéticos con los datos e identificadores ya inscritos en la base de datos?⁴¹.

³⁸ Vid. al respecto, Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética», *Foro. Nueva época*, 15, 1, 2012, p. 161 y Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN...», *op. cit.*, pp. 190-191.

³⁹ Debe precisarse que (según el apartado 2 del citado precepto), cuando el tratamiento de los datos se realice para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, la información incluida en la base de datos sólo podrá ser utilizada en la investigación para la que fue obtenida.

⁴⁰ En los términos indicados en el 7.3 de la citada L.O. 10/2007.

⁴¹ Etxeberria Guridi, J. F. «La identificación de personas mediante pruebas genéticas y bancos de perfiles de ADN: evolución normativa en el contexto europeo», *Revista de*

Pues bien, el art. 3. 1 a) determina que se inscribirán “*los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados*”.

La realidad que marca la L.O. 10/2007 es que engloba dentro de los sujetos pasivos, tanto a la persona sospechosa como, por extensión, a la investigada, a pesar de que todavía no les haya sido atribuida formalmente la comisión de un hecho delictivo. Hemos de considerar que con respecto a estas personas puede no llegar a producirse la imputación formal y puede sobrepasarse (y archivarse) la causa sin llegar a decretarse la apertura del juicio oral, si se producen los supuestos que marcan los arts. 637 y 641 de la LECrim.

Inscribir los datos de personas sospechosas e investigadas ayuda a incrementar el acervo de informaciones de la base de datos para lograr una fuente de comparación de identificadores más completa y, por tanto, más ágil y efectiva, pero ¿dónde quedan las garantías del justo todo proceso? Proceder de este modo no deja de ser una suerte de perjuicio “cautelar”, pues se afectan de forma apresurada (y podríamos entender que desproporcionada) los derechos de una persona (la intimidad y protección de datos de carácter personal)⁴².

Así, debe efectuarse una disquisición. Una cosa es tomar muestras biológicas para realizar las pertinentes pruebas de ADN a personas sospechosas/ investigadas en el seno de un laboratorio oficial acreditado y otra, completamente disímil, es inscribir ya, inmediatamente (sin esperar al menos a que la persona en cuestión alcance el estatus de encausada), sus identificadores genéticos obtenidos en la base de datos. Lo primero se justifica en casos de gravedad delictiva y existencia de indicios racionales de criminalidad, atendiendo a los principios de legalidad y proporcionalidad (con idoneidad,

derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, Nº Extra 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Jornadas del XX Aniversario), p. 155.

⁴² Vid. entre otros autores, Caruso Frontán, V., «Base de datos policiales...», *op. cit.*, pp. 160-164; Soletó Muñoz, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 161 y Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S. «Los identificadores del ADN...», *op. cit.*, pp. 190-191.

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), considerando el interés público en la investigación criminal, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y la realización de la justicia. En cambio, lo segundo se puede demorar porque para el progreso de la investigación en concreto no resulta preciso afectar el derecho a la autodeterminación informativa con la inscripción de los identificadores en la base de datos. Pero claro, si se inscriben ya inicialmente estos datos/identificadores, se rellena más la base de datos y se logra un fichero más operativo, bajo la hipótesis de que las inscripciones quedan supe-
ditadas, en todo caso, a los plazos de cancelación del art. 9 de la L.O. 10/2007. El problema es que estos plazos revisten deficiencias e incongruencias que apuntaremos más adelante⁴³.

¿Por qué no conciliar entonces el interés público en la persecución de los delitos y el ejercicio del *ius puniendi* con el respeto a los derechos a la autodeterminación informativa, a la defensa y a la presunción de inocencia?

Esperar para inscribir los identificadores genéticos en la base de datos hasta que la persona resulte condenada⁴⁴ (en virtud de sentencia firme), podría resultar inoperativo, especialmente desde la perspectiva policial, del manejo de las bases de datos como instrumento para la investigación criminal, pero inscribir ya los datos de una persona sospechosa a nivel policial o investigada (sin que tenga el estatus de encausada) resulta demasiado precipitado e injustificado, a nuestro entender. ¿Qué sucede con los supuestos en que no se llega a sostener la acusación porque se dicta un sobreseimiento libre (o incluso un sobreseimiento provisional) y los casos en que, después de las indagaciones oportunas, se descarta a un sospechoso policial que ya ha facilitado sus identificadores genéticos? Si los identificadores genéticos de estas personas no acceden a la base de datos, se preserva su derecho a la autodeterminación informativa y se evitan injerencias injustificadas y el mantenimiento de las inscripciones durante más tiempo del debido por fallos no solo en la redacción del art. 9, sino también en la comunicación entre el Ministerio del Interior y las autoridades judiciales a la hora de proceder a la efectiva eliminación de las inscripciones⁴⁵.

⁴³ En relación con esta postura, vid. las conclusiones de Álvarez Buján, M. V., «Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal», *Dereito*, 24, 2, 2015, pp. 113-114 y la misma autora en su trabajo *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 549-574.

⁴⁴ Línea en la que comenzaron a implementarse regulaciones como la francesa en su momento.

⁴⁵ Guillén, M., «El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la Ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Universidad de Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, pp. 293-294 y López Ortega, J. J., «La tutela de la intimi-

Y el hecho de que la persona afectada por la inscripción otorgase su consentimiento a tal efecto no hace que desaparezca el problema planteado, pues salvo que solicite voluntariamente (y por la estrategia defensiva diseñada con su abogado/a) la práctica de la prueba de ADN, la realidad será que habrá mostrado su aquiescencia a partir del requerimiento / apercibimiento de las autoridades policiales y no espontáneamente, por iniciativa propia⁴⁶.

Y si hubiese solicitado la práctica de la prueba de ADN de forma voluntaria para descartarse como persona involucrada en la comisión delictiva, poco o ningún sentido tendría que se incluyesen sus perfiles en la base de datos. Una cosa es que facilite información genética para implementar una estrategia defensiva exculpatoria en el marco de una investigación penal y otra, bien distinta, es que la esponga para su archivo (y realización de ulteriores cotejos) en la base de datos policial.

En sintonía con la problemática planteada, destaca la sentencia del TJUE (Sala Quinta) dictada el 26/01/2023 en el asunto C-205/21, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Penal Especial de Bulgaria, en marzo de 2021, en el contexto de un proceso penal por fraude fiscal. El TJUE afirmó aquí que una regulación nacional que establece la recogida sistemática de datos biométricos y genéticos de cualquier persona investigada por un delito público doloso para su registro es, en principio, contraria a esa exigencia. Una regulación en este sentido puede conducir, de forma indiscriminada y generalizada, a recoger datos de la mayoría de las personas investigadas. En relación con ello, el alto tribunal señala que el concepto de “delito público doloso” que se maneja en la regulación búlgara es notablemente genérico, siendo susceptible de aplicación a un gran número de delitos, con independencia de su naturaleza, gravedad, las circunstancias concretas de esos delitos o la posible vinculación con otros procesos en curso, los antecedentes judiciales del interesado o incluso su perfil individual⁴⁷.

Volviendo a tratar lo relativo a la voluntariedad, el art. 3 de la L.O. 10/2007, en su inciso final, deja abierta la posibilidad de que cualquier persona se someta de forma voluntaria a la práctica de una prueba genética y autorice la inscripción de sus identificadores de ADN en la base de datos.

dad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013»; en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, p. 111.

⁴⁶ No pudiendo ampararnos aquí, por tanto, en el tenor del art. 3.2 de la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, que examinaremos a continuación.

⁴⁷ El asunto ha tenido repercusión, publicándose información al respecto en diversos medios. Moreno R., «El TJUE pone límites a la recogida sistemática y generalizada de datos biométricos y genéticos por la Policía», *Conflegal*, 27/01/2023. <https://conflegal.com/20230127-el-tjue-pone-limites-a-la-recogida-sistemática-y-generalizada-de-datos-biometricos-y-geneticos-por-la-policia/> (Consulted: 10/01/2025).

Con todo, en nuestro país, podríamos decir que la incorporación de identificadores genéticos de personas voluntarias se enfoca más bien enfocada a las inscripciones derivadas de una concreta investigación penal pero relativas a terceras personas diferentes a la/s investigada/s. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a vecinos de la víctima, miembros de la familia, parejas, compañeros/as de piso, personas que hayan mantenido contacto con la víctima antes de los hechos o que hayan estado en el lugar de comisión de los mismos, y que, por tanto, habrán podido dejar, aunque sin intención y por razones circunstanciales, su ADN en la víctima o en la escena del delito. En este concepto de voluntarios, parece que encajaría también el supuesto de grupos de personas que acceden a que les realicen pruebas de ADN (y a inscribir sus identificadores), porque revisten ciertas características ligadas a la investigación, como ya aconteció en los casos del asesinato del Alcalde de Fago o de Eva Blanco. Las pruebas de ADN a las que se sometan estas personas “voluntarias” pueden servir para descartar “sospechosos” o para derivar una posible sospecha sobre familiares de alguna de las personas analizadas, en función del resultado del cotejo de perfiles. En definitiva, estas pruebas “voluntarias” pueden ayudar a centrar la búsqueda e identificación del/de la verdadero/a autor de los hechos⁴⁸.

Pero, insísimos, una cosa es que se sometan a la realización de pruebas de ADN y otra, totalmente diferente, es que autoricen la inserción de los identificadores en la base de datos. Aunque evidentemente, si acceden a esto último, también ayudarán a incrementar la cantidad de información almacenada en la base de datos y aumentar así su operatividad para la investigación policial.

En otro orden de cosas, aunque en relación indirecta con lo apuntado hasta ahora en este subepígrafe, el art. 9 de la L.O. 10/2007 regula la cancelación, acceso y rectificación de los datos inscritos, establece el sistema de conservación de datos/identificadores inscritos y determina los plazos de tiempo tras los cuales deben eliminarse esos datos. Según el tenor de este precepto, la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos no superará los siguientes límites:

- El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.
- El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario⁴⁹.

⁴⁸ Sobre este tipo de pruebas, vid. entre otros autores, Álvarez Buján, M. V., La prueba de ADN como prueba científica..., op. cit., pp. 696-711.

⁴⁹ ¿Y cuáles son los casos y presupuestos por los cuales el órgano judicial podría dictar resolución en contrario? La norma no lo especifica. En todo caso, esta debería ser

- En todo caso, se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el supuesto de personas sospechosas no imputadas⁵⁰, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.
- En los casos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.
- Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento.
- Los datos inscritos y relativos a patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.
- Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en los puntos anteriores a efectos de su cancelación, según proceda.

Ahora bien, este precepto esconde varias deficiencias, aun cuando contempla la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos inscritos en la base de datos.

En síntesis, podemos apuntar que el art. 9 prevé un plazo de cancelación excesivo para personas sospechosas, a las que no se les ha imputado judicialmente la comisión de un hecho delictivo, es decir, los meros sospechosos

una una posibilidad excepcional y debidamente motivada y la resolución que se dicte a tal efecto debería precisar el tiempo que se estima necesario ampliar la inscripción, sin que pueda suponer un período indefinido o indeterminado, ni excesivamente dilatado.

Una razón justificada para proceder en tal sentido podría ser la efectiva existencia de un peligro de reincidencia delictiva, que tendría que valorarse a partir de las circunstancias del hecho, de los antecedentes, de la valoración de la personalidad o la trayectoria y conducta de esa persona durante el tiempo que haya permanecido en prisión, y ello, en una línea similar a lo dispuesto en el art. 129 bis del Código Penal.

Sobre todo lo expuesto en relación a los períodos previstos para la eliminación de identificadores genéticos y lo relativo al art. 9 de la L.O. 10/2007, vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 561-574.

⁵⁰ En la L.O. 10/2007 no se ha actualizado la nomenclatura, sustituyendo el término de imputado por investigado/encausado, en atención a la correspondiente fase procesal.

policiales. Sus identificadores genéticos permanecerán inscritos hasta que prescriba el delito, mientras que, paradójicamente, los identificadores de los sujetos investigados / encausados que –tras toda la pertinente tramitación procesal– resulten absueltos finalmente en virtud de sentencia o en relación a los cuales se archive la causa al emitirse un auto de sobreseimiento libre, se eliminarán de la base de datos tan pronto como dichas resoluciones sean firmes⁵¹. Y este segundo plazo en la práctica puede resultar (y resulta) inferior al primero, lo que no se comprende.

Además, como bien apunta MARGARITA GUILLÉN “*el artículo 9 respecto a los perfiles y el artículo 5 respecto a las muestras, no dejan de ser un cumplimiento únicamente formal de la Recomendación del Consejo de Europa en cuanto se establece un sistema de cancelación. Este sistema no deja de ser un programa de intenciones pero sin establecer los mecanismos efectivos de cancelación y destrucción de la muestra*”⁵².

Por ello, entendemos que el art. 9 debería ser modificado *de lege ferenda*. Y esto se encuentra, a nuestro juicio, en sintonía con las directrices marcadas por la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, que en su art. 4, alerta a los Estados miembros para que fijen plazos apropiados para la supresión de los datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación de los datos personales. Y además, en su considerando n.º 31 propugna que “siempre que sea posible, se deben diferenciar claramente los datos personales de distintas categorías de interesados, tales como los sospechosos, los condenados por una infracción penal, las víctimas o los terceros, entre los que se incluyen los testigos, las personas que posean información o contactos útiles y los cómplices de sospechosos y delincuentes condenados”⁵³. Asimismo, el citado

⁵¹ Soletto Muñoz, H. (*La identificación del imputado...*, op. cit., p. 161), criticaba ya en su día que “*el sospechoso que no ha sido imputado puede tener que soportar un plazo de cancelación mucho mayor del imputado absuelto, y lo mismo puede ocurrir respecto de las personas que hayan prestado su muestra de forma voluntaria si no son imputados*”. Entiéndase aquí el término “imputado” sustituido por investigado. Cfr. también De Hoyos Sancho, M., «Profundización en la cooperación...», op. cit., p. 179, Sarrión Esteve, J. «La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea», en Cabezado Bajo, M. J. (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 318-323 y Álvarez Buján, M. V., «El derecho a la protección de datos de carácter personal y la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre: algunos riesgos y defectos» en Bueno De Mata, F. (Coord.), *Fodertics V. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Madrid, 2016, p. 8.

⁵² Guillén, M., «El conocimiento como premisa del consentimiento...», op. cit., p. 309.

⁵³ En sintonía con esta premisa, su art. 6 establece que “los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento, cuando corresponda y en la medida de lo posible,

considerando incide en que este tipo de tratamiento de datos habrá de respetar el derecho a la presunción de inocencia garantizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E. y en el CEDH, en los términos interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente⁵⁴.

Y esa distinción no debe entenderse referida solo a que los datos se archiven de forma separada, atendiendo a la categoría de personas a las que pertenezcan los mismos, sino que también se debe delimitar con precisión, claridad y proporcionalidad, el período durante el cual los datos podrán y deberán figurar inscritos. Así, a nuestro juicio, los datos de víctimas y testigos solo deberían almacenarse con expreso consentimiento de las concretas personas interesadas, lo que resulta acorde a los principios del art. 4 de dicho instrumento y, más en concreto, a la necesidad de que los datos objeto de inscripción y tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se utilizan⁵⁵.

Ahora bien, la referida Directiva no excluye la inserción y tratamiento de identificadores de ADN de personas sospechosas, cuestión que nosotros sí sugerimos —a la vista de las razones ya apuntadas—⁵⁶. Y ello permite inferir que, al final, parece que se priman más los esfuerzos para garantizar la seguridad pública y la prevención delictiva, que para preservar los derechos a la presunción de inocencia, a la intimidad y a la autodeterminación informactiva.

A nuestro parecer, la tendencia desde la regulación europea debería dirigirse más a evitar inscripciones en bases de datos de información relativa a personas meramente sospechosas. Y en todo caso, si tal información se incluye (como se hace), debería quedar sujeta a un estricto y efectivo plazo de cancelación, para que en el momento en que la causa penal deje de

establezca una distinción clara entre los datos personales de las distintas categorías de interesados, tales como:

- a) personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que han cometido o van a cometer una infracción penal;
- b) personas condenadas por una infracción penal;
- c) víctimas de una infracción penal o personas respecto de las cuales determinados hechos den lugar a pensar que puedan ser víctimas de una infracción penal, y
- d) terceras partes involucradas en una infracción penal como, por ejemplo, personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones penales o procesos penales posteriores, o personas que puedan facilitar información sobre infracciones penales, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b)⁵⁷.

⁵⁴ Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 564-566.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

dirigirse contra la persona sujeto de la inscripción, se eliminen inmediatamente, sin fugas ni demoras en la práctica, los datos que sobre ella figuren insertados en la base de datos.

En efecto, las regulaciones y actuaciones en la práctica deberían prorizar más la necesidad de garantizar la licitud y fiabilidad de las pruebas de ADN en todas sus fases (obtención de muestras biológicas dubitadas e indubitadas, análisis en laboratorio y, en su caso, inscripción de los identificadores obtenidos en la base de datos). De nada sirve buscar una mayor operatividad de las bases de datos genéticos con fines de investigación criminal, con la intención de promover una lucha más efectiva y eficiente contra el crimen nacional e internacional⁵⁷, si se hace aumentando de forma indiscriminada o desproporcionada el número de identificadores genéticos inscritos, pues ello supone invadir derechos fundamentales de las personas justificables de forma excesiva, abusiva o desproporcionada y no podemos perder de vista que en un Estado de derecho no todo vale.

3. *La relevancia jurídica (en concreto, desde la perspectiva del derecho a la privacidad) del carácter científico de las pruebas de ADN*

El propio carácter científico de las pruebas de ADN presenta particularidades de gran interés. El art. 4 de la mentada L.O. 10/2007, de 8 de octubre, intenta salvaguardar el derecho a la privacidad genética al establecer que “sólo podrán introducirse en la base de datos policial regulada por esta Ley aquellos identificadores obtenidos del ADN, en el marco de una investigación penal, que aporten, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo”.

Empero, la clave para proteger el derecho a la privacidad genética y el derecho a la autodeterminación informativa no reside en la distinción entre ADN codificante y no codificante –que hoy ya no puede enunciarse tan claramente⁵⁸– estableciendo que solamente puede ser objeto de análisis este último, dado que codificante y no codificante no son términos

⁵⁷ Y de identificación de personas desaparecidas y cadáveres.

⁵⁸ Se ha demostrado que el análisis del ADN no codificante también puede proporcionar información sobre el estado patológico de una persona. Lareu Huidobro, V., «Nuevos polimorfismos de ADN: predicción de origen biogeográfico y características físicas», en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona (2014), 165-167. Además, mediante el análisis del ADN codificante (en particular el contenido en muestras biológicas cuestionables) es posible obtener información relativa a las características físicas de la persona investigada cuya identidad se desconoce, como el color del cabello o el color de los ojos, características que se refieren a la apariencia externa de la persona y que no afectan su derecho a la privacidad.

correlativamente equivalentes a los de informativo y no informativo⁵⁹. La garantía de los referidos derechos no pasa, por tanto, por prohibir el análisis del ADN codificante, sino que debe referirse a la necesidad de utilizar exclusivamente perfiles de ADN que revelen información relativa a la identidad y al sexo de la persona en cuestión y que no aporten ninguna otra información de carácter íntimo, como la relativa a la salud⁶⁰. Y en este sentido entendemos que L.O. 10/2007 debería ser modificada en el futuro⁶¹.

Otro aspecto clave (para evitar la vulneración de derechos) es asegurar la cancelación efectiva de los identificadores genéticos y de los datos vinculados a ellos cuando proceda, teniendo en cuenta el plazo previsto para cada caso. Dicha cancelación deberá realizarse de oficio, con la garantía añadida de que, para evitar posibles problemas, también podrá verificarse y solicitarse a petición de parte.

La importancia de eliminar los identificadores genéticos de la base de datos una vez transcurrido el plazo correspondiente no es un aspecto menor ya que, en una futura investigación penal, puede producirse una coincidencia entre los perfiles genéticos obtenidos en el marco de la misma con un perfil registrado en la base de datos que ya debería haber sido cancelado. Y de producirse esta eventualidad, entendemos que se plantearía un problema de nulidad probatoria⁶².

Por otro lado, considerando la naturaleza y la información oculta en las muestras biológicas, el sistema de conservación y destrucción de muestras biológicas reviste también notable importancia. A este régimen se refiere el art. 5 de la citada L.O. 10/2007, que establece que las muestras o trazas tomadas para las que se deban realizar análisis biológicos deberán enviarse a

⁵⁹ Existen variaciones con significado funcional tanto en el ADN codificante como en el ADN no codificante. Carracedo Álvarez, Á., «Las bases genéticas de la enfermedad» en Agulló Leal, F. L., *Cátedra "Jorge Juan": ciclo de conferencias: curso 2011-2012*, Servicio de Publicacións, Universidade da Coruña, A Coruña, 2013, p. 145.

⁶⁰ Sobre cuestiones específicamente científicas, vid. entre otros autores, Carracedo Álvarez, Á., «ADN: la genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal», en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 342 y Hombreiro Noriega, L. *El ADN de Locard...*, op. cit., pp. 281-283.

⁶¹ Estas ideas ya fueron apuntadas en Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 622-623.

⁶² Además, no podemos olvidar que a partir de esta comparación de perfiles, la persona en cuestión podría verse inicialmente involucrada en la investigación por la comisión de otro delito penal (independientemente de cómo acabe el nuevo caso), con lo que ello implica desde la perspectiva jurídico-procesal, pero también social y personal, así como, particularmente, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, y podría sufrir daños muy difíciles de reparar.

laboratorios debidamente acreditados. Será la autoridad judicial la que deberá decidir sobre la conservación posterior de dichas muestras o restos. Y solamente los laboratorios acreditados al efecto por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que pasen los controles de calidad periódicos exigidos podrán realizar análisis de ADN para la identificación genética en los casos contemplados en esta Ley.

El problema reside en que esta previsión no establece un régimen claro y completo sobre la conservación y destrucción de muestras y restos biológicos. Así pues, un extremo tan relevante, por su plena implicación con el derecho a la privacidad genética y a la autodeterminación informativa, no tiene apenas tratamiento en la L.O. 10/2007.

La importancia regular, de modo completo y detallado, la conservación y posterior destrucción de muestras y restos biológicos reside en que con las mismas se conforma un biobanco, es decir, otro sistema de almacenamiento diferente y separado de la base de datos, a partir del cual se puede obtener y manejar infinita información ligada a la intimidad y salud de los sujetos a los que pertenecen las muestras.

En principio, las muestras biológicas se conservan para preservar la posibilidad de realizar un análisis de contraste o contraanálisis (garantía necesaria desde la perspectiva del derecho de defensa). El peligro o riesgo reside en que mientras existan y se conserven las muestras biológicas, se podrán realizar análisis genéticos sobre las mismas, con la potencial y consiguiente vulneración del derecho a la privacidad genética, si se manipulan inadecuadamente, posibilitando el acceso a información de carácter íntimo o de salud e (incluso) empleando la misma de forma desviada o abusiva⁶³.

La L.O. 10/2007, de 8 de octubre, se limita a mencionar que será la autoridad judicial la que se encargue de dictaminar (mención totalmente genérica e imprecisa) sobre la conservación posterior de las muestras o vestigios. Así, no encontramos con un régimen frágil para la conservación de muestras

⁶³ Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN...», *op. cit.*, pp. 64-165; De Hoyos Sancho, M. «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», en Arangüena Fanego, C. (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 177-178 y 181; Nicolás Jiménez, P., *La Protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Comares, Granada (2006), p. 90; Reverón Palenzuela, B., «El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH, (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper contra Reino Unido)», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 30, 2009, p. 186 y Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN...», *op. cit.*, p. 63.

biológicas, ya que no se establecen plazos máximos tras los cuales las muestras deban ser destruidas o eliminadas. Esto sorprende especialmente cuando sí existe un régimen en ese sentido en lo que respecta al registro y eliminación de identificadores de ADN en el art. 9 de la mencionada ley (con independencia de que revista los defectos o problemas advertidos)⁶⁴. La L.O. 10/2007 no prevé diferentes periodos de conservación de muestras biológicas, ni atendiendo al tipo de muestras ni al sujeto al que pertenezcan las mismas⁶⁵. Tampoco determina el lugar ni la forma en que se deben conservar las muestras, aunque, en la práctica, suelen almacenarse en laboratorios acreditados para tal fin⁶⁶.

Todos estos aspectos suponen tareas pendientes de *lege ferenda*. Además, habría que exigir la obligación de dejar constancia en el acta correspondiente de la fecha, lugar y personal (del laboratorio correspondiente) que procedió a destruir la muestra biológica previa autorización judicial correspondiente⁶⁷.

IV. CONCLUSIONES: CUESTIONES CLAVE Y RETOS ACTUALES DE LAS PRUEBAS DE ADN AMBIVALENTES EN EL SISTEMA ESPAÑOL

En primer lugar y tras todo lo expuesto, hemos de concluir que, a nuestro juicio, el uso de la coacción física para practicar pruebas de ADN (posibilidad prevista expresamente desde las reformas operadas en 2015 sobre el Código Penal y la LECrim) debe considerarse como un recurso subsidiario a la coacción jurídica, que fue implementada tras la aprobación y entrada en vigor de la L.O. 10/2007, de 8 de octubre.

⁶⁴ Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN»..., *op. cit.*, p. 165; De Hoyos Sancho, M., «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 35, 2010, pp. 178 y Etxeberria Guridi, J. F., *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* Dykinson, Madrid, 2013, p. 117.

⁶⁵ De Hoyos Sancho, M., «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos...», *op. cit.*, p. 178.

⁶⁶ En dichos laboratorios, «se conservan las propias muestras biológicas, al menos hasta que su destrucción sea ordenada por el juez de Instrucción, autorización que raramente se produce». López Ortega, J. J., «La tutela de la intimidad genética en la investigación penal...», *op. cit.*, p. 109.

⁶⁷ Sobre los problemas y deficiencias comentados en relación al régimen de conservación y destrucción de muestras biológicas en la L.O. 10/2007, vid. Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, *op. cit.*, pp. 576-582.

Recordamos aquí brevemente que el mecanismo de coerción jurídica consiste en realizar una comparación entre los identificadores genéticos obtenidos a partir de las muestras biológicas dubitadas (encontradas en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima) y los identificadores ya registrados en la base de datos como resultado de investigaciones criminales previas. No obstante, siempre debe respetarse la posibilidad de que el sujeto afectado cuestione los resultados y solicite que se le realice una toma de muestras biológicas indubitadas que permita llevar a cabo un segundo análisis comparativo de perfiles genéticos, en los términos que contempla la STS 948/2013, de 10 de diciembre⁶⁸.

Asimismo, ha de garantizarse la posibilidad de efectuar una prueba de ADN, siempre que la defensa manifieste su interés, para poder utilizar el resultado de la misma como prueba exculpatoria, incluso cuando el delito investigado no se encuadre dentro de la lista de infracciones graves enumeradas en el art. 3.1 a) de la L.O. 10/2007 (y art. 129 bis del Código Penal). Lo contrario sería cercenar las posibilidades reales de defensa de la persona investigada y no podemos olvidar que para garantizar el derecho de defensa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución Española (sobre tutela judicial efectiva), debe garantizarse que cualquier persona investigada/encausada pueda emplear, de manera real y efectiva, todos los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Cuestión distinta es utilizar recursos estatales y del sistema de justicia para reunir pruebas que puedan conducir a resultados incriminatorios e implicar la limitación/restricción de derechos fundamentales. Aquí, los requisitos deben ser necesariamente otros, requiriéndose, a falta de consentimiento informado prestado con plenas garantías y con asistencia jurídica, la correspondiente autorización judicial motivada para ordenar la prueba de ADN y el registro de identificadores genéticos en la base de datos. Esta autorización judicial debe incluir el ineludible análisis argumentativo del caso

⁶⁸ Así, según se declara en la referida sentencia del Tribunal Supremo, “*la prueba derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de la causa anterior*”. La citada sentencia también añade que “*no se puede fundar la condena en la fiabilidad de los resultados del contraste realizado sobre la toma de muestras anterior, contraste que se pretendía cuestionar por la defensa practicando una nueva prueba sobre una toma de muestras actual, realizada en el propio proceso enjuiciado, cuando esta prueba fue solicitada por la defensa, y reiteradamente denegada*”.

concreto para determinar si la medida de que se trata es idónea⁶⁹, necesaria⁷⁰ y proporcionada en sentido estricto⁷¹, considerando la gravedad penal de los hechos investigados en particular y la existencia de indicios racionales y suficientes de criminalidad recaídos sobre la persona investigada.

Con independencia de lo anterior, entendemos que cuando se realiza una prueba de ADN y los resultados del análisis son negativos; la identificación de la persona sospechosa o investigada no debería ingresarse en la base de datos, preservando así la privacidad y autodeterminación informativa de quien claramente no ha cometido un delito, incluso si ha sido o está siendo investigada por el mismo. Ni siquiera deberían registrarse identificadores si el sujeto en cuestión aceptó someterse a la prueba de ADN (tras haber sido debidamente informado como sospechoso/detenido en comisaría o investigado), si lo propuso como parte de su defensa o incluso si tuviera la condición de investigado y la prueba de ADN se hubiera acordado mediante resolución judicial motivada.

Una cosa es realizar el análisis de ADN y otra, bien desemejante, es registrar los perfiles en la base de datos. Así, estimamos que para los supuestos en que los resultados del análisis comparativo sean negativos, no bastaría con establecer un plazo de tiempo reducido para eliminar de la base de datos el registro de los perfiles genéticos, ligado al momento en que se acuerde el sobreseimiento del caso, sino que simplemente no se deberían registrar los datos. La injerencia en el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa que supone el registro de estos datos no está justificada (las sospechas/indicios decaen con el resultado negativo). Y amén de lo anterior, no podemos

⁶⁹ El principio de idoneidad implica que la medida que restringe los derechos fundamentales debe perseguir un objetivo constitucionalmente legítimo y ser adecuada para promover su consecución. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 693.

⁷⁰ El principio de necesidad corresponde a la indispensabilidad de la medida, lo que significa que no puede haber otra medida o alternativa que sea menos lesiva de los derechos y libertades fundamentales y que permita alcanzar los mismos fines. *Ibidem*, p. 740.

⁷¹ De conformidad con lo dispuesto en el art. 588 bis a) de la LECrim (relativo a medidas de investigación tecnológica y extrapolable a otras diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales), las medidas se considerarán proporcionadas cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea mayor que el beneficio que su adopción reportará al interés público y a terceros. Para ponderar los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el alcance tecnológico de la producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado buscado con la restricción del derecho.

olvidar que, debido a los defectos e inconsistencias (ya mencionados) del art. 7 de L.O. 10/2007, podría existir el riesgo de que el registro de perfiles no se elimine hasta que haya prescrito el delito.

Utilizar perfiles de ADN de personas declaradas inocentes (en los términos explicados anteriormente) para alimentar la base de datos y aumentar su número de entradas sería, al fin y a la postre, seguir la tendencia de originar un fichero general poblacional basado en la atractiva idea de que *“cuantos más datos se almacenen, más fácil será proceder a la comparación de muestras”*⁷² para, a su vez, identificar a los presuntos autores de delitos con gran rapidez y notable facilidad. No obstante, en el marco de un Estado de derecho no podemos cometer est e error.

Precisamente, MIRANDA ESTRAMPES / NIEVA FENOLL, entre otros autores, ya criticaron el peligro de utilizar este tipo de bases de datos, destacando que *“al someterse a todos los ciudadanos a sospecha, es muy sencillo encontrar falsos culpables, con la total –y falsa– convicción de haber hallado a los auténticos criminales. Siempre puede haber personas que no tengan coartada para el día de los hechos, y ni siquiera para explicar la presencia de su vestigio en el lugar. La gente no va elaborando un diario preciso de su día a día, y desde luego no lo conserva pasados unos años”*⁷³. Y en relación con este apunte no se pueden obviar las reglas de la carga de la prueba en el proceso penal, en consonancia con la virtualidad del principio acusatorio y el principio de presunción de inocencia, pues no es la persona acusada quien tiene que explicar dónde se hallaba el día en que ocurrieron los hechos delictivos (rige la presunción de inocencia)⁷⁴, sino que es la acusación quien tiene que acreditar que se encontraba en el lugar que avala la hipótesis acusatoria (la carga probatoria recae en la acusación).

Y más allá de lo anterior, los citados autores señalaron también que *“si activamos un protocolo administrativo en virtud del cual todas las personas deban tener su registro de ADN en una base de datos, la escapatatoria del ciudadano a una eventual represión dictatorial será prácticamente imposible. Ya es peligrosa la existencia de un registro de perfiles genéticos de sospechosos (...).*

⁷² Álvarez De Neyra Kapler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p. 137.

⁷³ Miranda Estrampes, M.; Nieva Fenoll, J., «Comentario a la Sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013) / Comment on the Maryland vs King Ruling of the Federal Supreme Court of the United States of America (3-VI-2013)», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 39, 2013, pp. 131-132.

⁷⁴ Puede hacerlo si opta por facilitar una hipótesis alternativa verosímil a la planteada por la acusación, pero puede mantener una actitud pasiva, limitándose a negar la acusación.

*Generalizar este método identificatorio a toda la población resulta simplemente inaceptable*⁷⁵.

Evidentemente, resulta muy tentador disponer de bases de datos de ADN a nivel de población general, donde se incorpore de forma indiscriminada información relativa a los perfiles genéticos de todos los ciudadanos de un Estado. De facto, esta tarea podría emprenderse de manera relativamente sencilla, mediante la toma de muestras biológicas indudables de los recién nacidos, aprovechando la famosa “prueba del pinchazo del talón”. De esta forma se podrían obtener las huellas genéticas de todas las personas, y sus identificadores quedarían registrados en este fichero general de población. Esto permitiría registrar a toda la población e incluso podría sustituir en poco tiempo el sistema de registro de huellas dactilares por el sistema de registro de huellas genéticas⁷⁶.

La principal ventaja de esta idea sería que si se archivaran los identificadores genéticos de todas las personas después de su nacimiento, en el momento en que se cometió el delito, bastaría con comparar los perfiles obtenidos de la muestra dubitada (encontrada en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima) con los registrados en la base de datos e, inmediatamente, debería aparecer una coincidencia con alguna persona⁷⁷.

En teoría, no habría motivo para alegar discriminación al realizar un análisis comparativo en estos términos porque todos los individuos estarían registrados. ¿Pero es todo válido? ¿Qué pasaría con los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad? Pues como ya señaló MORA SÁNCHEZ, “*si se analizaran y sopesaran los medios que hay que utilizar, que pueden restringir ciertos derechos fundamentales, por un lado; y los fines que se pretenden obtener a través de dichos medios, por otro, (es decir, perjuicios/beneficios) resultaría que no compensa ni es de recibo asumir los altos costes –en todos los sentidos– que conllevaría una base de datos de este tipo*”⁷⁸.

En efecto, este tipo de ficheros entraña importantes inconvenientes, no solo por los altísimos costes que su implementación supondría para los

⁷⁵ Miranda Estrampes, M.; Nieva Fenoll, J., «Comentario a la Sentencia Marryland...», *op. cit.*, pp. 131-132.

⁷⁶ Mestres Naval, F.; Vives-Rego, J., «La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): aspectos científicos periciales, procesales, sociales y éticos», *La Ley Penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 61 (2009), p. 60.

Marfany, G., «Bancos de datos genéticos o ¿qué dice mi ADN de mí?: regulación y privacidad», en Casado, M.; Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Puliacions I Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 211-212.

⁷⁷ Vid. Fanuele, C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009, p. 185.

⁷⁸ Mora Sánchez, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001, p. 302.

Estados sino también porque su uso choca frontalmente con los derechos a la intimidad y, más particularmente, a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa de los ciudadanos⁷⁹. Nuestras reglas son las de un Estado de Derecho, no las de un Estado Policial y, por ende, los Derechos Fundamentales gozan de supremacía, de modo que su limitación solamente se justifica si se cumplen los presupuestos necesarios para proteger otros bienes supremos del sistema. Y a tal efecto, habrán de observarse inexcusablemente los principios de legalidad y proporcionalidad (este último entendido en sentido amplio, incluyendo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁸⁰.

Un sistema de base de datos genéticos a nivel general poblacional no cumpliría en modo alguno los requisitos del principio de proporcionalidad, dado que el registro de identificadores genéticos y las comparaciones o emparejamientos automatizados se llevarían a cabo de forma indiscriminada, prospectiva y arbitraria⁸¹.

Además, aunque pueda parecer que este tipo de sistemas de bases de datos generarían un efecto disuasorio o atemorizador sobre las personas que pretendan cometer un delito, configurándose también como una herramienta de prevención delictiva, lo cierto es que podrían producir a la par un efecto perverso, como que el verdadero delincuente dejara en el lugar del crimen los cabellos de otra persona a la que quería incriminar, de modo que, automáticamente, esta persona pasaría a ser sospechosa y las diligencias de investigación se dirigirían hacia él (sobre todo si no puede demostrar una coartada o no hay otro sospechoso)⁸². Tal situación pondría en riesgo las garantías que deben regir un juicio justo, el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia. Lejos de aumentar la virtualidad de las pruebas de ADN, disminuiría la fiabilidad, eficacia y validez de las comparaciones automatizadas de perfiles genéticos, lo que podría acabar formando pruebas que llevarían a sustentar condenas erróneas⁸³.

Finalmente, y teniendo en cuenta el *leitmotiv* de este estudio, no podemos terminar sin antes volver a poner el acento en la idea de que las pruebas de ADN

⁷⁹ Álvarez de Neyra Kappler, S., *La prueba de ADN en el proceso...*, op. cit. p. 138.

⁸⁰ Estas ideas ya fueron apuntadas en Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 190-216.

⁸¹ Guillén Vázquez, M., *La Prueba del ADN ante los tribunales: especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Dir. Á. Carracedo Álvarez; J. M. Lorenzo Salgado, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Medicina y Odontología y Facultad de Derecho (2003), 210. Vid. también, Álvarez de Neyra Kappler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p. 138.

⁸² Fanuele, C., *Dati genetici e procedimento penale...*, op. cit., pp. 185-186.

⁸³ Vid. entre otros autores, Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 691-711.

y el registro y comparación de identificadores genéticos a través de bases de datos no son herramientas diseñadas únicamente desde una perspectiva incriminatoria, sino que debemos tener siempre presente que la naturaleza de las pruebas genéticas es ambivalente, pudiendo configurar en muchos casos un instrumento de defensa si los resultados son de exclusión. En efecto, su regulación y uso con cautela, respetando los principios de legalidad y proporcionalidad, así como el procedimiento adecuado, que incluye que el perito ratifique y explique ante el tribunal, como parte de la prueba pericial, los resultados del análisis genético, representa una garantía en el marco de un juicio justo, teniendo en cuenta también que en caso de que se detecte coincidencia (entre perfiles dubitados e indubitados), la misma solamente conformará un indicio a interpretar con el resto de pruebas e indicios existentes en la causa. Así, el hecho de que se verifique una coincidencia entre los perfiles genéticos (dubitados e indubitados) analizados comparativamente no determina sin más (ni mucho menos) la condena automática de la persona investigada/encausada/procesada.

A nuestro parecer y al hilo de lo apuntado al inicio de este epígrafe, resulta menos invasivo recurrir en primer término a la coerción jurídica en los términos reseñados (salvaguardando en todo caso la posibilidad de realizar análisis de contraste), y si no se detectase ninguna coincidencia, sería entonces cuando procedería realizar la prueba de ADN directa⁸⁴, siempre y cuando se den las condiciones necesarias para dictar la autorización judicial motivada habilitante a tal fin (en ausencia de consentimiento de la persona investigada)⁸⁵. Este modelo es, en nuestra opinión, más garantista que recurrir a subterfugios como un análisis de muestras biológicas abandonadas o perder la posibilidad de disponer de una prueba de ADN que ayude a esclarecer los hechos, considerando además que, como hemos visto en relación con el caso de Ahmed Tommohui, las pruebas de ADN permiten descartar sospechosos e, inclusive, revisar casos en los que las condenas firmes se habían fundamentado sobre la base de conclusiones o premisas erróneas.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Alonso, A., «Conceptos básicos de ADN forense», *Estudios Jurídicos*, 2004.
Álvarez Buján, M. V., «Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal», *Dereito*, 24, 2, 2015, pp. 85-118.

⁸⁴ Partiendo de la toma de muestras biológicas indubitadas de la persona investigada, mediante un frotis bucal o una extracción de cabellos (actuaciones que suponen una mínima injerencia física), para obtener sus identificadores genéticos y compararlos, mediante análisis en laboratorio oficial acreditado, con los extraídos a partir de las muestras biológicas dubitadas.

⁸⁵ Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica...*, op. cit., pp. 712-713.

- Álvarez Buján, M. V., *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Álvarez Buján, M. V., «El derecho a la protección de datos de carácter personal y la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre: algunos riesgos y defectos», F. Bueno de Mata (Coord.), *Fodertics V. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Madrid 2016, pp. 129-140.
- Álvarez Buján, M. V., «El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España», *CEFLEGAL. Revista práctica de derecho*, n.º 247-248, agosto-septiembre 2021, pp. 69-98.
- Álvarez de Neyra Kappler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008.
- Asencio Mellado, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstruida*, Trivium, Madrid, 1989.
- Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Cabezudo Bajo, M. J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica. tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- Caruso Fontán, V., «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética», *Foro. Nueva época*, 15, 1, 2012, pp. 135-167.
- Carracedo Álvarez, Á. «Las bases genéticas de la enfermedad» en Agulló Leal, F. L., *Cátedra "Jorge Juan": ciclo de conferencias: curso 2011-2012*, Servizo de Publicacións, Universidade da Coruña, A Coruña, 2013, pp. 137-150.
- Carracedo Álvarez, Á., «ADN: la genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal», en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 339-366.
- De Hoyos Sancho, M., «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 35, 2010, pp. 93-116.
- De Urbano Castrillo, E., «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, 2012, pp. 5-26.
- Etxeberria Guridi, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.
- Etxeberria Guridi, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.
- Etxeberria Guridi, J. F., «La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España», M. J. Cabezudo Bajo, (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 63-93.
- Etxeberria Guridi, J. F. «La identificación de personas mediante pruebas genéticas y bancos de perfiles de ADN: evolución normativa en el contexto europeo», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina*

- avanzada, N° Extra 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Jornadas del XX Aniversario), pp. 135-156.
- Etxeberría Guridi, J. F., «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 Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J. M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 607-627.
- Fanuele, C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009.
- Felicioni, P., «L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici», *Diritto penale e processo*, 2, 2, 2009, pp. 6-24.
- González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999.
- Guillén Vázquez, M. *La Prueba del ADN ante los tribunales: especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Dir. Á. Carracedo Álvarez; J. M. Lorenzo Salgado, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Medicina y Odontología y Facultad de Derecho, 2003.
- Guillén, M., «El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la Ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», en Casado, M.; Guillén, M. (Coord.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Universidad de Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, pp. 283-313.
- Hombreiro Noriega, L. *El ADN de Locard: genética forense y criminalística*, Reus, Madrid, 2013.
- De Hoyos Sancho, M. «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», C. Arangüena Fanego (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 152-181.
- Huertas Martín, I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.
- Iglesias Canle, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.
- Iglesias Canle, I. C., «Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN», *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 2010, pp. 1-9.
- Jamardo, M., «El Supremo anula una condena de 24 años por violación a un hombre tras admitir nuevas pruebas de ADN», *El Debate*, 29/06/2023. https://www.eldebate.com/espana/20230629/supremo-anula-condena-24-anos-violacion-hombre-admitir-nuevas-pruebas-adn_124840.html
- Johnson, P.; Williams, R., «Post-conviction DNA testing: the UK's first 'exoneration' case?», *Scientific & Justice*, 44, 2, 2004, pp. 77-82.
- Kobilinsky, L.; Liotti, T.F.; Oesersweat, J., *DNA: Forensic and Legal Applications*, Wiley-Interscience, Hoboken, New Jersey, 2005.
- Lareu Huidobro, L. «Nuevos polimorfismos de ADN: predicción de origen biogeográfico y características físicas», M. Casado; M. Guillén (Coord.), *ADN forense:*

- problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 157-169.
- López Ortega, J. J., «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 Casado, M.; Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 99-119.
- Marfany, G., «Bancos de datos genéticos o ¿qué dice mi ADN de mí?: regulación y privacidad», en Casado, M.; Guillén, M. (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 211-212.
- Miranda Estrampes, M.; Nieva Fenoll, J., «Comentario a la Sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013) / Comment on the Maryland vs King Ruling of the Federal Supreme Court of the United States of America (3-VI-2013)», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 39, 2013, pp. 119-134.
- Montes, P. «El Supremo anula la sentencia de Tommouhi décadas después de conocer su inocencia», *Economist & Jurist* 29/06/2023. <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-supremo-anula-la-sentencia-de-tommouhi-decadas-despues-de-conocer-su-inocencia/>
- Mora Sánchez, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001.
- Moreno R., «El TJUE pone límites a la recogida sistemática y generalizada de datos biométricos y genéticos por la Policía», *Conflegal*, 27/01/2023. <https://conflegal.com/20230127-el-tjue-pone-limites-a-la-recogida-sistemática-y-generalizada-de-datos-biometricos-y-geneticos-por-la-policia/>
- Muñoz Marín, A., «Agresión sexual. Prueba de ADN (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2011)», *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 131, 2011, pp. 165-170.
- Narváez Rodríguez, A., «La prueba de ADN: su normativa procesal», *Jueces para la Democracia*, 51, 2004, pp. 72-80.
- Taruffo, M., «Le prove genetiche nel processo civile e penale» en Rodotà, S.; Zatti, P. (Dirs.), *Trattato di Biodiritto Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 431-446.
- Tonini, P., «Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge», *Diritto penale e processo*, 7, 2010, pp. 883-890.
- Reverón Palenzuela, B., «El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la STEDH, (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper contra Reino Unido)», *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 30, 2009, pp. 171-192.
- Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S. «Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal», *Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 23, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- Sanz Hermida, A. M. «Notas de Derecho Procesal del Reino Unido», *Revista General de Derecho Procesal*, 18, 2009.

- Sarrión Esteve, J. «La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea», en Cabezudo Bajo, M. J. (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 297-323.
- Silva Rodrigues, B., *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, T. I., Rei dos Livros, Lisboa, 2010.
- Soletto Muñoz, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Velasco Núñez, E. «La prueba pericial», *Diario La Ley*, 8258, 25/02/2014, 10.