



## Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de 04 de 2005)

**Emilio Cortés Bechiarelli**

*Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Extremadura*

**SUMARIO:** I. Antecedentes. Muestras dubitada e indubitada. II. Garantías de la muestra dubitada. 1. Control judicial. 2. Constancia documental de la medida. 3. Garantías privativas de la muestra indubitada.

### I. Antecedentes. Muestras dubitada e indubitada

La STS 19-4-2005 absuelve a T., inicialmente condenado por la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12-4-2004, que le impuso una pena de cinco años de prisión por un delito de daños terroristas y otra de tres años de privación de libertad por un delito de coacciones de carácter terrorista, concurriendo en ambos la agravante de disfraz, además de penas de multa e inhabilitación.

Conviene previamente hacer un breve extracto de los acontecimientos que originaron dicha condena. Los hechos probados por la Sala de la Audiencia Nacional se refieren a la quema de un autobús el 3 de noviembre de 2001 en la localidad de Berango (Vizcaya) provocada por cuatro encapuchados que obligaron al conductor a bajarse del vehículo antes de rociarlo con líquido inflamable. Añade el relato que «en la huida los acusados, en particular T., abandonó la capucha empleada, consistente en la manga de un jersey a la que se le habían practicado tres agujeros, dos para los ojos y uno para la boca». Dicha prenda fue recogida por agentes de la Ertzainza, realizándose la prueba de ADN a los restos biológicos que se hallaron en la misma. Los autores de estos sucesos no fueron detenidos en ese momento.

Meses después –en abril de 2002– se produjeron unas detenciones en el marco de la intervención policial tendente a evitar actos de vandalismo callejero («kale borroka»). Uno de los detenidos fue T., de manera que –siguiendo el resumen de hechos que aporta la STS comentada– «aprovechando su privación de libertad en un lugar que no aparece precisado, un policía vasco, de la celda correspondien-

te, con un hisopo, recogió restos biológicos de un escupitajo perteneciente a la persona que allí se encontraba recluida». Analizado el ADN de esa saliva, se concluyó que sus caracteres coincidían con los de los vestigios de la capucha que se abandonó tras ser quemado el autobús en Berango. Un sencillo cotejo, pues, apuntaló la decisión condenatoria en primera instancia sobre ese acontecimiento.

En este sentido, es muy elocuente, ya desde una perspectiva menos fáctica, que, según la propia STS 19-4-2005, «mediante esta prueba pericial, que llegó al juicio a través de las declaraciones de los dos funcionarios que las habían efectuado junto con las manifestaciones de varios policías que allí acudieron como testigos, uno el que había recogido estos restos biológicos y otros cuatro que habían intervenido en el hallazgo de la citada manga del jersey, la sentencia recurrida estimó acreditada la participación en estos hechos del referido T.: *constituye la prueba de cargo esencial contra este joven*»<sup>1</sup>. Como tantas veces sucede, la cadena de ADN fue «la prueba fundamental» por la que se condenó (STS 4-11-2002, por todas).

La STS de referencia declaró vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia y absolvió a T. de los delitos imputados «porque no ha quedado probada su participación en los hechos objeto de este procedimiento». Naturalmente, muchos medios de comunicación hicieron eco inmediato de esta decisión, algunos alarmados por tratarse de acciones relacionadas con el terrorismo urbano y sin ocultar sus críticas a la Sala del Tribunal Supremo.

Otra cuestión previa, del mismo modo trascendente: la tacha de inconstitucionalidad nada tiene

<sup>1</sup> La cursiva es mía.

que ver con el hecho de que una prueba de ADN verificada en el curso de un procedimiento penal se exportara, por así decir, a otro distinto. Esta posibilidad la admitió la STS 18-12-2001, si bien con la particularidad de que el acusado consintió la extracción de su saliva, extremo que, por la inexistencia del preceptivo atestado, se desconoce en este caso. En concreto, la sentencia de 2001 declara que «cabría plantearse si el resultado de un análisis de ADN obtenido en una causa puede utilizarse en otra contra la misma persona aun sin su consentimiento para esta segunda utilización, y no habría razones para la respuesta negativa si la obtención fue inicialmente respetuosa con los derechos del acusado» (esta comunicabilidad de los resultados de la prueba de ADN entre procesos distintos lo admite también la SAP Navarra 4-6-2004).

Además, la anunciada creación de un banco de datos de ADN parece que se va a producir en breve<sup>2</sup>. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código penal de 1995, en el apartado cuarto de su Disposición Final Primera prevé una Disposición Adicional Tercera de la LECrím que reza así: «El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia e Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes». Más allá de la duda que me plantea que la norma no vaya a seguir los trámites de Ley orgánica, parece necesaria una auténtica disciplina normativa que uniformice cuanto rodea la toma de muestras y su posterior estudio científico, la conocida como «cadena de custodia», a la vez que las limitaciones de su uso como trasunto de la protección de la intimidad personal y, por último, la

colaboración entre Juzgados respecto a tales periciales. De cumplirse los amplios objetivos marcados por esta Disposición Adicional todos estos aspectos encontrarían su precisa reglamentación.

En relación con este respeto a los derechos del justiciable, es innegable que, como magistralmente afirmara el ATS 18-6-1992 –*asunto Naseiro*–, en un Estado de Derecho «no se puede obtener la verdad real a cualquier precio» en los procesos penales. Este principio se traduce en la imperativa sumisión de los métodos de captación de pruebas a la Constitución y a la legalidad ordinaria. Y, desde luego, entiendo que cuando se trata de periciales como la que me ocupa, cualquier precaución es poca, ya que, en efecto, «los análisis de ADN constituyen una prueba fiable que, en caso positivo permite establecer la identidad del autor del delito con unos márgenes de error prácticamente despreciables en el estado actual de la técnica» (STS 18-12-2001, como la de 2-4-2003, que la califica de «incontestable», o la de 14-3-1997: «integra un material probatorio valiosísimo y de primera mano»). El grado de certeza, pues, que se logra con el mapa de ADN exige, en consecuencia, un control riguroso de su legalidad, fundamentalmente en el momento de su obtención, pues su consideración de prueba de cargo si resulta positiva –dimensión aplicativa– parece obvia en atención a su carácter de irrefutable. En suma: es la *atribuibilidad* del ADN a su portador el aspecto esencial de esta prueba, ejercicio que se alcanza a través de sendas muestras –la dubitada y la indubitada–, como afirma la STS 19-4-2005, siguiendo la terminología citada por la STS 13-7-1992, a la que la primera no alude. Generalmente, la dubitada no se sabe a quién pertenece y se encuentra en el lugar del delito, y la indubitada es aportada por el acusado en el marco de la investigación judicial.

La prueba de ADN y sus irrefutables conclusiones han servido para paliar el vacío probatorio que padecían algunos procedimientos penales, máxime cuando los únicos testigos de la infracción eran el agresor y su víctima, y siempre que se logren las muestras dubitada e indubitada. Pero, precisamente porque impone una contradicción nula, invita a que todos los estadios de su elaboración acrediten ser respetuosas con el ordenamiento constitucional. Es ya una idea recurrente en los recientes estudios de Derecho penal que la legislación que en la actualidad lo desarrolla sufre algunos rasgos de au-

<sup>2</sup> Tratando de acallar en parte la denuncia de la STS 4-6-2003: «de forma ciertamente incomprensible, por injustificada, el legislador español, a estas alturas, sigue manteniendo, sustancialmente huérfana de regulación específica la práctica de actuaciones sobre el cuerpo humano, a pesar de la notable importancia que, desde hace tiempo, han cobrado en el desarrollo de la investigación criminal de determinados delitos, siempre graves, y de su posible incidencia en las derechos fundamentales de los afectados. El legislador, al eludir de este modo su responsabilidad, no obstante las reiteradas advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se convierte en factor de inseguridad jurídica y delega, de facto, en los jueces competencias que desbordan la función jurisdiccional, incrementando su discrecionalidad más allá de lo aceptable».

toritarismo impropios de un Estado democrático y de Derecho, y, en lógica consecuencia, sería previsible esperar esos reflejos en las mecánicas de investigación delictiva, como ha señalado recientemente MUÑOZ CONDE<sup>3</sup>. Por eso, se demanda del anunciado Real Decreto regulador de la materia que no sacrifique derecho fundamental alguno de los imputados, sin erigirse, así, en *correa de transmisión* de las leyes positivas, teniendo en cuenta siempre el carácter de prueba de cargo inequívoca.

A los requisitos que demanda el apoderamiento lícito de los portadores del ADN se dedica este estudio, siguiendo en parte a la STS 19-4-2005, que reputó los restos de saliva muestra dubitada: su argumentación jurídica se construye sobre este presupuesto —con reveladora cita, por ejemplo, de la STS 14-4-1997—, lo que, como explicaré, supone un planteamiento equivocado de la cuestión.

## II. Garantías de la muestra dubitada

### 1. Control judicial

En virtud de la mentada LO 15/2003 se refuerza expresamente la preceptiva intervención del Juez instructor en estas diligencias, incluyéndose dos párrafos que venían a complementar otras disposiciones algo más genéricas. En concreto, el tercero del art. 326 LECrim<sup>4</sup> dispone que «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 acordará 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<sup>5</sup>» (muestra dubitada).

De igual suerte, el art. 363 de la misma ley adjetiva acogió un párrafo segundo, que dice: «siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»<sup>6</sup> (muestra indubitada).

A mi modo de ver, el art. 326.3º LECrim. se refiere a la toma de la muestra dubitada, y el 363.2º a la indubitada. Como anuncié, son distintos los marcos en los que despliegan su eficacia: el primero, en el lugar de la comisión del delito, y el segundo durante la investigación judicial pertinente. No caben cruces de requisitos entre una modalidad y otra, ni interferencias posibles; si la prueba de ADN requiere la comparación entre dos resultados, es lógico que nuestra LECrim distinga normativamente entre ambas. Este presupuesto entiendo que es clave para abordar el análisis de la sentencia propuesta.

No obstante, los párrafos transcritos entraron en vigor el 27 de noviembre de 2003, por lo que, como conoce la sentencia comentada, no eran aplicables a este caso. Pero, en su defecto, la obligación de someter al criterio judicial la recogida y conservación de «vestigios o pruebas materiales» del delito —art. 326.1º LECrim—, así como «la práctica de los análisis químicos» —art. 363.1º— actuaron por ser normas genéricas, una vez acreditada la inexistencia de razones de urgencia que legitimaran la intervención del policía vasco.

De acuerdo con la STS 19-4-2005, la aprehensión del «escupitajo» en dependencias policiales sin tutela judicial tuvo como necesario efecto el decaimiento de la condición de prueba de cargo de la de ADN así obtenida, con base en la precipitada actua-

3 «Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», Buenos Aires, 2004, p. 26, haciendo mención al denominado *Derecho penal del enemigo*. Cfr., sobre la proyección procesal de esta corriente de pensamiento, G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, «Derecho penal del enemigo», Madrid, 2003, pp. 43 y ss. Puede consultarse en relación con las garantías precisas para el acaparamiento policial o judicial de pruebas de cargo al propio MUÑOZ CONDE, «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante videos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos», *Revista Penal*, nº 13, enero de 2004, pp. 105 y ss.

4 «Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus funciones los recogerá y conservará para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y el estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación en las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa».

5 «La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial».

6 El párrafo primero dice: «Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia».

ción policial, dado que, por ende, no se acreditó urgencia alguna (cfr. art. 282 LECrim, que nada dice, en verdad, de esa urgencia, exigida por vía jurisprudencial<sup>7</sup>, y constatada, por citar un caso, en la SAP Murcia 21-1-1998 por encontrarse el vehículo en la vía pública y con las puertas forzadas). Porque, como señala atinadamente la STC 303/1993, 25-10, los actos de investigación de la Policía Judicial se pueden erigir en medios de prueba sólo cuando ésta «haya de intervenir por estrictas razones de urgencia o necesidad, pues no en vano actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad judicial» (cfr., igualmente, STS 5-10-2000)<sup>8</sup>. Por su parte, la STS 23-11-2001 añade que «estos requisitos de estricta urgencia y necesidad no constituyen presupuestos de legalidad o constitucionalidad de las diligencias policiales de investigación, sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acto policial como prueba de cargo».

La STS que se comenta relata que «no había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el Juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron», siguiendo –sin citarla– la letra de la STS 21-1-2000: «la función de la Policía respecto de las huellas materiales del hecho no es su recolección por sí y ante sí, sino la de mantener el lugar del hecho preservado de toda interferencia hasta el momento en que se haga presente el Juez de instrucción»<sup>9</sup>. Sentado esto, se quebró inapropiadamente el monopolio judicial que dispone nuestra LECrim en orden a la recogida y custodia de estas pruebas. Un criterio distinto acogió la STS 25-6-2001 en un supuesto de inspección ocular realizada por agentes de la Guardia Civil sin autorización judicial en un vehículo del que se obtuvieron restos biológicos de la víctima, como la

SAP Navarra 4-6-2004 que no objetó que el pañuelo manchado de semen del agresor lo aportara la propia víctima a la Policía tras apoderarse del mismo en el lugar de los hechos horas más tarde de la agresión. Esta modalidad supone una tercera vía, alternativa a la policial y judicial<sup>10</sup> y, en puridad, podría ser admitida de manera excepcionalísima en aquellos casos –si es que se producen– en los que se justifique que el vestigio se hallaba en el lugar del crimen, a fin de evitar *imputaciones a la carta*. Y como quiera que tal justificación han de aportarla el Juez o la Policía, se colige que debiera quedar sin eficacia alguna en la práctica.

Sea como fuere, ya adelanté que la sentencia estudiada no parece haber advertido –y este extremo es determinante– que la muestra sacada de la celda en abril de 2002 habría jugado el papel de la indubitada, frente a la dubitada obtenida en Berango meses antes. La argumentación de dicha resolución se hubiese simplificado sobremanera aplicando la letra del art. 363 LECrim, y apartando lo dispuesto en el 326 de la misma norma, que no tendría ni que haberse citado, y que, entre otras cosas, plasma un escenario distinto al de la celda vasca (inspección ocular judicial «del lugar del delito»<sup>11</sup>). La propia práctica de la prueba de ADN, como se dijo, exige un resto *abandonado* y otro *aportado*, con lo que se impone la siguiente disyuntiva: o el Tribunal Supremo se encontraba ante dos muestras dubitadas, o, por el contrario, debió admitir, como sostengo, que la saliva de la celda era la indubitada. Este planteamiento supone que, en aplicación del precitado art. 326, nos situamos ante una «inspección o reconocimiento corporal» *sui generis* que, no obstante, exige imperativamente la intervención judicial, sin excepción posible por motivos de urgencia –ni de ninguna clase–, mediante «resolución judicial»<sup>12</sup> motivada (SSTC 207/1996, 16-12 y 37/1989, 15-2), así como, a mi juicio, el requerimiento al sospechoso

7 La STC 70/2002, 3-4, aclara que «la valoración de la urgencia de la intervención policial ha de realizarse *ex ante* y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental [en esta sentencia se refiere a la intimidad] y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberla sido con vulneración de derechos fundamentales».

8 El art. 126 CE establece que «La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca». Las leyes que desarrollan esta declaración constitucional, básicamente, son los arts. 282 y siguientes LECrim, así como el 11.1, apartado g, y 21 a 36 de la LO 2/1986 sobre Cuerpos y Fuerzas de seguridad y los arts. 547 a 550 LOPJ.

9 La cursiva es mía.

10 Sobre la búsqueda de pruebas de cargo por la víctima o sus familiares y su valor en el procedimiento tuvo ocasión de pronunciarme en «Temporalidad y admisibilidad de la prueba en el proceso penal [a propósito de la sentencia del "padre coraje"]», en *El Derecho. Diario de Jurisprudencia*, nº 1264, octubre de 2000, pp. 1 y ss.

11 Sobre las diferencias entre diligencia policial de investigación e inspección ocular del Juez de instrucción, cfr. STS 26-1-2000.

12 Mejor haber nombrado exclusivamente al Auto. Cfr. STC 37/1989, 15-2, y SAP Lleida 3-3-2000. El art. 248 LOPJ impone que los Autos sean «siempre fundados», mientras que las Providencias, de manera excepcional, «podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente».

de su consentimiento a fin de no comprometer su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

A pesar de que la consecuencia jurídica conseguida —nulidad de la única prueba de cargo— debe ser la misma aplicando un precepto u otro, es esencial en este caso que la recogida de la saliva no se compadece con el art. 363 LECrim, sobre todo en lo atinente al control exclusivo e intransferible del Juez de instrucción, atribuyéndose la Policía Judicial las competencias relativas al juicio de proporcionalidad y razonabilidad que motivan la intervención. Programáticamente, ese sometimiento a la autoridad judicial evita con seguridad sospechas razonables de apoderamiento subrepticio o súbito de cualquier producción del cuerpo humano, proscritos de raíz en un Estado de Derecho, y por muy loable que sea el celo mostrado por la Policía Judicial en sus pesquisas<sup>13</sup>.

## 2. Constancia documental de la medida

La regla general acerca del estímulo judicial de la recogida de vestigios y huellas es sabido que admite la excepción de su práctica por la Policía Judicial cuando se acrediten razones de urgencia. En el primer caso, la constancia documental se cumplimenta con la correspondiente «descripción» a la que alude el art. 326.1<sup>o</sup> de la citada norma. Para el segundo, es de aplicación el art. 292 LECrim, que establece la obligación de extender por la Policía Judicial «un atestado de las diligencias que practiquen». Más globalmente, la STS 26-2-1999 establece que «los funcionarios de la Policía Judicial que actúan en tareas de investigación están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, por lo que especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, anotando todas las circunstancias que hubiesen observado» (cfr. también STS 10-12-2001).

Pues bien; la toma con un hisopo de restos de saliva de la celda, según parece, por el Policía vasco se realizó sin reflejo documental de clase alguna; ni extenso, ni parco; ni detallado, ni escueto, sin que conste, según la sentencia estudiada, causa de fuerza mayor para ello (cfr. art. 294 LECrim, que permite la sustitución del atestado por «una relación verbal circunstanciada, que reducirá a escrito de un modo fehaciente el funcionario del Ministerio Fiscal, el Juez

de instrucción o el municipal»). A mi juicio, aun aceptando por una vez que esa saliva es una muestra dubitada, nos encontramos ante un vicio de ilegalidad insubsanable, por cuanto, de una parte, compromete hasta extremos intolerables para un Estado democrático la *atribuibilidad* de la saliva al condenado (como lo hizo la SAP Cádiz 11-10-2000, que admitió como prueba de cargo la de ADN de la sangre impregnada en unos objetos que «se dejaron en depósito a la encargada del establecimiento y ésta no los entregó a la policía hasta tres días después»); y, de otra, consecuentemente, hace que en el juicio oral la única forma de advenir lo sucedido en relación con la captación de dicho humor sea la testifical del policía, sin apoyo en ningún escrito, y estando en juego una condena que, no se olvide, alcanzó los ocho años de privación de libertad. Y es que, en efecto, «la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial que no tiene carácter de prueba preconstituida, y que en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial practicado en el juicio, necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron» (STS 24-10-2003, por todas), pero sobre la base de un atestado escrito y suficientemente pormenorizado.

Como exige la STC 173/1997, 14-10, «sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía *firmantes* del mismo»<sup>14</sup>. No se concibe, pues, la procedencia de una prueba testifical de los agentes actuantes sin la preexistencia del correspondiente atestado, pues, en definitiva, «esta diligencia puede ser judicializada a través de la presencia de los miembros actuantes» (STS 30-5-2000), nunca a la inversa: no se puede dejar al albur de la memoria aspecto alguno de una prueba tau fidedigna. Recuérdese, por ende, que la imprescindible plasmación documental de la recogida de vestigios o huellas alcanza a la autoridad judicial —cuanto más a la policial—, lo que hace que la STS 23-11-2001 afirme con acierto que «la norma analógicamente aplicable a esta actuación policial preprocesal es la de la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y únicamente exige que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se

<sup>13</sup> La STS 21-6-1994 acoge el art. 1269 CC como canon en relación con el consentimiento del imputado a la toma de muestra indubitada: «cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

<sup>14</sup> La cursiva es mía. Distinto régimen observa el informe pericial definitivo, que puede no ser ratificado en el juicio oral «particularmente cuando ha sido realizado por organismos oficiales, si nada se propuso al respecto como prueba para el juicio oral» (STS 24-9-2001, citando doctrina constitucional).

encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se puede formar idea cabal de los mismos».

Aplicando esta teoría jurisprudencial al caso que me ocupa, la actuación heterodoxa del agente provoca muchos interrogantes sobre el modo en el que se incautó de los restos de saliva, cuyas respuestas son imprescindibles para la determinación de los efectos de esa prueba pericial en el proceso. Era precisa la constancia documental acerca del carácter individual o compartido de la celda; si el detenido fue invitado a escupir, o si lo hizo espontáneamente; el lugar exacto en el que se encontraban esos vestigios, o, sin más, si estaba presente T. en el momento de la recogida. Este abandono de tan trascendente requisito de orden formal no puede ser suplido en el juicio oral por las testificales del policía vasco recolector de la saliva, ni, menos, por «otros cuatro que habían intervenido en el hallazgo de la citada manga del jersey». La ausencia del atestado es insustituible, y los interrogatorios de tales testigos bien puede decirse que se hicieron *en el vacío*, sin el imprescindible referente que constituye el atestado. Nunca debieron practicarse.

### 3. Garantías privativas de la muestra indubitada

Aunque la resolución comentada no alude a ellas —insisto: porque cree encontrarse ante una muestra dubitada—, no pueden dejar de significarse brevemente otra serie de garantías que fundamentan la constitucionalidad de la obtención de la indubitada, algunas de ellas ya clásicas en el entendimiento de la limitación de derechos fundamentales en la investigación criminal. En primer lugar, no habrían de permitirse intervenciones prospectivas anteriores a la situación procesal de imputado. En efecto, como sostuvo el AAP Huesca 4-2-1998, «no cabe acordar esta medida indiscriminadamente respecto de una pluralidad de personas contra las que, de momento, no existen indicios de haber participado en el delito objeto del sumario». Atiende esta premisa a la preexistencia de una infracción criminal que ha dejado restos o vestigios cuya eficacia se supedita a su comparación con los ordenados por el Juez de ins-

trucción una vez que se ha imputado al sospechoso; es decir, la propia dinámica de la práctica de la prueba aleja cualquier duda sobre este aspecto, a diferencia de lo que puede suceder cuando se trata de diligencias previas o coetáneas a la comisión del delito (intervenciones telefónicas o entrada y registro domiciliarios).

En segundo término, y por definición, es imprescindible el consentimiento del imputado, en la medida en que la intervención afecta a su intimidad —la cadena de ADN puede aportar muy variada información, aunque baste la mínima para la investigación criminal— y al derecho a no declarar contra uno mismo. Porque «la sumisión a una prueba que supone una invasión de la integridad corporal del sospechoso, como la que supone la extracción de sangre o cualquier otro tejido o sustancia corporal, para realizar un análisis científico, puede ofrecer colisiones con el derecho a la integridad corporal y con el derecho a no colaborar con las autoridades encargadas de investigación y de no facilitar pruebas que puedan incriminarle» (STS 4-2-2003)<sup>15</sup>. Por su parte, la interesante STS 21-6-1994, ya citada, declaró la proscripción de cualquier suerte de *vis compulsiva*, estimando «necesario» el consentimiento del investigado, en contra de la STC 207/1996, 16-12, que preveía la «intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad» cuando se satisficiera, entre otras cautelas, el principio de proporcionalidad. Y ese consentimiento se prestará sin sugerencias del Juez instructor, y sin mención de la posible comisión de un delito de desobediencia en caso de negativa, al estilo de lo previsto en el inaplicable art. 380 CP<sup>16</sup>. Así, la SAP Tarragona 3-6-2002 advirtió la lesión del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo por anunciar el instructor tal figura delictiva contra el orden público<sup>17</sup> (cfr. STC 18/2005, 1-2: el imputado «en ningún caso puede ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo», siguiendo la renombrada STEDH 8-2-1996, asunto Saunders contra Reino Unido o, más recientemente, con prolija cita de resoluciones en la materia, STEDH 8-2-2004, asunto Wech contra Austria<sup>18</sup>).

<sup>15</sup> En opinión de la citada STS 4-6-2003 la toma de saliva no debe ser calificada de intervención corporal, sino de inspección o registro corporal. En cualquier caso, precisiones terminológicas al margen, lo censurable es que esta resolución legitimó la conminación del instructor al imputado relativa a la desobediencia que acarrearía su negativa, ejercicio que contamina, a mi juicio, la licitud de la prueba pericial.

<sup>16</sup> Aunque la STC 161/1997, 2-10, declarara su constitucionalidad, mantengo mi discrepancia con tal conclusión por entender lesionado el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, mucho más cuando la negativa supone la imposición de la pena más grave del delito de desobediencia (*tertium non datur*).

<sup>17</sup> En contra, STS 4-6-2003.

<sup>18</sup> Merece ser citada también la STEDH 21-12-2000, asunto Quinn contra Irlanda, que considera infringido el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque «cuando se le realizaban las preguntas [al acusado] era efectivamente informado de que, si no daba cuenta de sus movimientos en momentos concretos, se arriesgaba a una sanción de seis meses de cárcel. La única referencia durante los interrogatorios del posible uso de las declaraciones en un procedimiento posterior fue la de informarle que todo lo que declarara constaría por escrito y podría ser usado en su contra».

Lo que procede, por el contrario, es «el conocimiento por el afectado de los derechos de defensa anteriormente a su realización y de las consecuencias tanto positivas como negativas que puede comportar la realización» (SAP Guipúzcoa 26-5-2003, que declaró la nulidad de la muestra, y, en la misma línea de respeto a las reglas constitucionales de investigación del delito, SAP Lleida 3-3-2000). En este sentido, aunque la ausencia de Letrado no invalida la diligencia, siguiendo la doctrina jurisprudencial al respecto (ATS 18-6-1997, por ejemplo, y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda TS 5-2-1999 respecto a las pruebas radiológicas), debiera procurarse esa comparecencia –en atención a su naturaleza y a los efectos incriminatorios que puede provocar<sup>19</sup>, solución deseo que transitoria mientras no se revisa de una vez por todas, a la luz del art. 24 CE, la validez de tal práctica forense, imponiéndose la efectiva asistencia del Letrado a los fines de garantizar la constitucionalidad de la medida y el derecho del acusado a ser informado de sus consecuencias, sea en un sentido u otro.

La negativa a su práctica es valorada generalmente por la jurisprudencia como «elemento desfavorable» para el acusado (SAP Madrid 26-9-2003), o «elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria pero que, conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador» (SSTS 4-2-2003 y 4-10-1994), pues se trata de un «indicio claro de que el resultado ha de serle adverso» (SAP Badajoz 11-5-2001). Merecen invocarse dos referencias jurisprudenciales peculiares: la SAP Barcelona 17-10-2002 estimó prueba de descargo que el acusado accediera a la diligencia, aunque resultase infructuosa por no obtenerse suficientes marcadores de la muestra; y la STS 19-12-2003, que relata como se alcanzó resultado negativo de la prueba de ADN después de que el imputado se negase antes dos veces a efectuarla. En resumen: la renuncia a la prueba de ADN nunca debiera ser la única de cargo contra el acusado, pero sí podrá valorarse como indicio que advere otra u otras de esa especie<sup>20</sup>.

Por último, y tratando de ser exhaustivo, enumero otros requisitos indeclinables de estas diligencias de investigación corporales:

- contraer su eficacia a la investigación de delitos graves;
- sometimiento al principio de proporcionalidad ex art. 363 LECrim, que envuelve los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 66/1995, 8-5);
- ausencia de riesgo o quebranto de la salud del imputado (STC 7/1994, 17-1);
- se efectuarán por personal sanitario (la misma STC 7/1994);
- prohibición de menoscabo del derecho fundamental a la dignidad personal.

Dado que la prueba de ADN se puede realizar desde una variedad de muestras corporales, decaen los tres últimos requerimientos jurisprudenciales previstos para otras intervenciones, porque precisamente para no conculcarlos se escogerá siempre el medio menos gravoso para el imputado; esto es, se interesará la aportación de saliva o un pelo, y no de sangre (eventual menoscabo de la salud) o semen (por respeto a la dignidad personal). Es por ello el canon de la proporcionalidad el que adquiere especial significación en estas diligencias, conectado muy íntimamente con el juicio de pertinencia del Juez instructor, y en evitación de solicitudes automáticas o meramente rituales en cualquier suerte de procedimiento. La facilidad en la obtención de las muestras –un simple pelo– no debe aparejar una proliferación de prácticas indagatorias de esta naturaleza. Como telón de fondo se encuentra, además de la dignidad o la intimidad, o un comprensible temor del investigado a que los resultados obtenidos campeen por doquier –empresas de seguros, por ejemplo<sup>21</sup>–, el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. Todos estos aspectos, en fin, convenientemente barajados, darán como resultado una adecuada ponderación de la proporcionalidad de la medida.

19 La STEDH 8-2-1996, ya citada, afirma que «hay que advertir debidamente al acusado de los efectos jurídicos de su eventual silencio».

20 En tal sentido, la STEDH 7-10-1988, asunto Salabiaku contra Francia, resuelve que no está prohibido el uso de presunciones a la hora de imponer la condena. Revisando algo esta idea, propongo que el máximo efecto incriminatorio que puede llegar a alcanzar una negativa a la práctica de la diligencia de intervención corporal sea la de mero indicio, siempre que se cumplan los requisitos jurisprudenciales para la validez de la denominada prueba de indicios: «que estén plenamente acreditados; que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa; que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que se explique en la sentencia el *iter* argumental que inequívocamente llega al resultado probatorio que se declara» (STS 31-10-2003, por ejemplo). La segunda de las exigencias refuerza la tesis que se sostiene en este estudio sobre el exclusivo valor indiciario de la negativa a someterse a la toma de muestra indubitada, que nunca podrá llevar aparejada *per se* dicha «potencia acreditativa».

21 Cfr., *mutatis mutandi*