

Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)

Emilio Cortés Bechiarelli

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Extremadura

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Naturaleza de los Acuerdos no jurisdiccionales. 3. Doctrina general de las intervenciones corporales. 4. Sobre la muestra indubitada. 4.1. Control judicial: excepciones. 4.2. La motivación de la resolución judicial: consecuencias. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 declara lacónicamente que:

“La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

Muchas son las reflexiones que se derivan de este enunciado y del momento en el que ha sido redactado. En primer lugar, el terrorismo, como fenómeno criminal, está siendo ahora objeto de constante debate en nuestra sociedad como consecuencia de la mera posibilidad de excarcelación de miembros de la banda ETA que, con la aplicación de beneficios penitenciarios y con el máximo de pena privativa de libertad que impone el CP 1973, verían sensiblemente reducido el periodo de estancia en prisión que en su día se les impusiera¹. A mi modo de ver, esta problemática es trasunto de la crisis absoluta –por no decir fracaso– del falso dogma de la resocialización constitucionalmente proclamado; pero esta idea será desarrollada en otro trabajo más adelante.

La mención a los delitos de terrorismo, en segundo lugar, es inevitable si se quiere ahondar en el origen de este

Acuerdo del Tribunal Supremo, para de ese modo no perder tan delatadora perspectiva histórica. La STS 19-4-2005² absolvió a un presunto autor de actos de vandalismo callejero (fenómeno conocido popularmente como “kale borroka”), inicialmente condenado por la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12-4-2004, por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En efecto, tras la quema de un autobús en la localidad de Berango (Vizcaya), uno de sus autores abandonó una capucha, incautada por agentes de la Ertzaintza. No se produjo en ese momento detención alguna. Meses más tarde sí que se consiguió detener al ciudadano T., de modo que, según se decía en la STS referida, “aprovechando su privación de libertad en un lugar que no aparece precisado, un policía vasco, de la celda correspondiente, con un hisopo (*sic*), recogió restos biológicos de un escupitajo perteneciente a la persona que allí se encontraba reclusa”. Pues bien; cotejando el resultado del análisis de la prueba de ADN realizada a las muestras que contenía la capucha incautada por los sucesos de Berango con el de la saliva aprehendida con el hisopo, se alcanzó la condena de T. por los primeros hechos: cinco años de prisión por un delito de daños terroristas y tres por otro de coacciones con la

¹ La STS 28-2-2006, caso Henri Parot, parece haber acallado momentáneamente la polémica, pero con el tiempo creo que se avivará, por cuanto ha podido lesionar el derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

² Realicé un comentario a esta resolución bajo el título “Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de 04 de 2005)”, en *Revista Penal*, n.º 16, julio de 2005, pp. 36 y ss.

agravante de disfraz. Y es que, en suma, la recogida del escupitajo con el hisopo no satisfizo las normas que disciplinan esta medida de investigación en nuestra LECrim.

Básicamente, eran dos los argumentos sobre los que descansaba la sentencia de abril de 2005: "las normas procesales imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de esta clase de muestras" y la ausencia de "informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial". En atención a estos presupuestos, la prueba así obtenida se consideró nula por vulneración, insisto, del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo no ha tardado en reaccionar y ha alcanzando el Acuerdo que se transcribe al principio de este trabajo, que desbarata en dos renglones la doctrina sentada en su resolución de 19 de abril de 2005³ y la letra de la LECrim. El tenor de dicho Acuerdo, como tendré ocasión de explicar, debe ser criticado, pues supone un recorte inesperado del conjunto de garantías que asisten a la toma de muestras de restos biológicos para la obtención del mapa de ADN; esto se traduce en una relajación del control judicial del seguimiento de la pesquisa nunca recomendable cuando entran en liza derechos fundamentales de los justiciables; unos, relacionados con el procedimiento penal; pero otros personalísimos, como la intimidad.

Los rasgos de autoritarismo del Derecho penal contemporáneo no son exclusivos de las sucesivas reformas del CP 1995; encuentran su prolongación en la legislación adjetiva a modo de *correa de transmisión* puesta al servicio del catálogo de delitos y penas, y mal se compadece con un Estado democrático y de Derecho unos métodos de in-

vestigación criminal ayunos de soporte legal y de las imprescindibles garantías constitucionales para los *sospechosos* de la comisión de una infracción penal. Mucho más preocupante me parece la dimensión procesal de este entendimiento funcionalista del Derecho penal que la estrictamente sustantiva, en cuanto se resienten hasta el extremo derechos constitucionales básicos y, sobre todo, el principio de culpabilidad, pues parece más importante ahora encontrar a *un culpable* que *al culpable*⁴.

En esta línea se inscribe el Acuerdo de 31 de enero de 2006. Sin más motivación, y de manera extraordinariamente escueta, se pretende solucionar la cuestión dando la espalda a la letra de nuestra LECrim. Y es que la presión de los medios de comunicación tras la divulgación de la STS 19-4-2005 no ha caído en saco roto (como tantas veces sucede) y el clima social imperante ha sustituido la predicable explicación de esta clase de resoluciones, utilizándose un cauce que está empezando a prodigarse demasiado. En párrafos posteriores desarrollaré estas conclusiones provisionales, pero ahora toca detenerse para plantear algunas interrogantes.

2. Naturaleza de los Acuerdos no jurisdiccionales

Como cuestión previa, conviene desentrañar, si fuera posible, la naturaleza jurídica y efectos de estos Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dejando únicamente expuesta la problemática⁵. De ellos sabemos algo que nos aporta su propia nomenclatura: no son jurisdiccionales, por lo que no cabe recurso contra los mismos en sede judicial; ni directamen-

3 Hay precedentes. Ya la STS 14-10-2005 valoró como prueba de cargo la pericial de ADN del detenido que "hallándose en una celda en la sede policial arrojó un esputo al suelo de la celda antes de salir para el baño, siendo el mismo recogido por el policía que le custodiaba para que se procediera a su estudio genético". A pesar de la absoluta similitud entre este modo de incautación y el de la sentencia de abril de 2005, se concluyó que en esta ocasión "no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia (*sic*) derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación", por lo que "no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar una posible intervención banal y no agresiva". En el mismo plano se sitúa la SAN (Sala de lo Penal) 30-11-2005. Por su parte, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005 se había preguntado: "¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?", dictaminándose que "El art. 778.3 LECrim constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia".

4 Sobre la cuestión, F. MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo", en *Revista Penal*, n.º 16, julio de 2005, pp. 123 y ss.

5 Según el art. 264 LOPJ, "1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de la Sala. 2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan". En la Junta General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 se suscribió un documento por los Magistrados asistentes a la misma en el que se declaraba que "se llega a la conclusión prácticamente unánime de que el procedimiento para llegar a tal unificación debe ser por medio de las reuniones de la Sala en las Juntas Generales periódicas que autoriza el art. 264 LOPJ, en la que los Magistrados discrepantes de la opinión mayoritaria sobre un determinado tema podrán defender su disidencia".

te (combatiendo el texto del Acuerdo cuando se tiene conocimiento de su existencia), ni indirectamente, a través de la formalización de un Recurso de Casación contra una resolución concreta de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pues la doctrina de los Acuerdos se aplica imperativamente y acalla cualquier argumento en contra que cualquiera de las partes pudiera fundamentar⁶. Este sometimiento automático de las resoluciones judiciales a la letra de los Acuerdos —por más que se quiera invocar de contrario el principio de seguridad jurídica— deja en suspenso la letra del párrafo segundo del art. 264 LOPJ, atenuando cualquier exégesis discrepante que trajera causa de la aplicación de la norma penal al caso que se enjuicia.

Así pues, por exclusión, sólo cabe pensar que son disposiciones de naturaleza gubernamental-administrativa dictadas por autoridades públicas que, reunidas en Pleno, promulgan unas reglas de funcionamiento con repercusión en la actividad jurisdiccional privativa de quienes las ratifican⁷. Y esta hipótesis —la única lógica posible, a menos que se sostenga que estos Acuerdos son porque son— encuentra dos inconvenientes importantes; primero, mal casa su condición de meramente gubernamentales con la finalidad de su redacción, que no es otra que afectar a la toma de decisiones judiciales en el seno de procedimientos criminales, como se reconoció paladinamente en la Junta General de la Sala Segunda de 8 de mayo de 1997. Dicho de otra forma: si las conclusiones que alcanzan los Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tuviesen que ver con el funcionamiento interno del órgano, ninguna duda se suscitara. Pero, repito, en la medida en que determinan el fallo de la sentencia condenatoria o absolutoria, o sirven para certificar *ex ante* la ortodoxia constitucional de una diligencia de investigación —como sucede en el caso que me ocupa—, la cuestión de la naturaleza jurídica de estos Acuerdos ya no es tan intrascendente y debiera ser revisada de inmediato, matizando extraordinariamente lo dicho por el art. 264 LOPJ.

Y segundo. ¿Cabe algún recurso en vía administrativa contra estas reglas? ¿Quién lo resolvería, en su caso? Todas estas interrogantes las provoca la absoluta indeterminación de este tipo de Acuerdos. Incluso, si su contenido o aplicación al caso concreto tuviese que ver con derechos

fundamentales o libertades públicas, no se admitiría a trámite ni el recurso de inconstitucionalidad (“contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley”, art. 31 LOTC), ni la cuestión de inconstitucionalidad (que se reduce a la “norma con rango de Ley aplicable al caso”, art. 35.1 LOTC). Respecto al Recurso de Amparo, no cabría contra el Acuerdo dictado por la Sala Segunda, aunque sí contra la resolución que lo aplicase, ya que el art. 44.1 LOTC se redacta con más dilatados márgenes y comprende “las violaciones de los derechos y libertades que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”. Abona esta teoría la doctrina del propio TC, que establece que “en el proceso de amparo no se lleva a cabo un enjuiciamiento abstracto de las normas, sino que tiene por finalidad específica el restablecimiento o reparación de las lesiones concretas causadas por actos de poderes públicos en la esfera de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos” (STC 93/1995, de 19 de junio, por todas).

Sea como fuere, se demanda sin más demora una disciplina legislativa que regule la cuestión en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica y del principio de unidad jurisdiccional, susceptible de abarcar todo el itinerario de la adopción del Acuerdo; desde la publicidad de las actuaciones, hasta el estado de las mayorías para su acogida. Y, sobre todo, que pueda existir un control de oportunidad y de legalidad ordinaria y constitucional de la norma efectuado por un órgano distinto al que la dictó. El panorama actual de inestabilidad puede conducir a situaciones nada deseables, sobre todo si el Acuerdo contradice una norma positiva o afecta a un derecho fundamental, o si, por ejemplo, se permitiera rebatir la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en una sentencia.

Es esa capacidad para reorganizar de un día para otro el estado de la propia jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, o de otros órganos, la que merece mayor censura. En el supuesto del Acuerdo de 31 de enero de 2006 que justifica este estudio se reelabora el tenor de la STS de 19-4-2005 sin que se motive siquiera sea mínimamente el giro en el entendimiento de la problemática y con manifiesto olvido de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tratan el modo constitucional y de-

⁶ Ya se encuentran sentencias que aplican el Acuerdo de 31 de enero de 2006, aunque los hechos sean del año 2001 o 2002. Por ejemplo, la STS 20-3-2006 dice, tras citar dicha regla, que “no se ha producido vulneración alguna en la recogida de saliva arrojada por el acusado”, y la STS 14-2-2006 declara programáticamente que “en la recogida de muestras, la competencia la tendrá tanto el Juez como la Policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos”.

⁷ Según el texto que se redactó en la citada reunión de 8 de mayo de 1997, el objeto de estos Acuerdos se contrae a “cuestiones penales-sustantivas o procesales nuevas, determinadas por cambios legislativos o de otro tipo, que no hayan sido resueltas de una forma consolidada por la Sala, o respecto a las cuales hayan surgido criterios distintos a los hasta ahora vigentes”. No creo que esta cláusula habilite para desatender lo que se ha dispuesto normativamente en la LECrim, ni, más genéricamente, para comprometer derechos fundamentales del sospechoso.

mocrático de captación de las muestras de ADN, alzaprímado, a lo que parece, una norma de 1882 (art. 282 LE-Crim) que queda derogada por la Ley orgánica del año 2003.

3. Doctrina general de las intervenciones corporales

En esta materia es imprescindible la cita de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que aporta una sólida doctrina acerca de los "actos de investigación recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros", distinguiendo dos clases: de una parte, las *inspecciones y registros corporales* (reconocimientos en rueda, exámenes dactiloscópicos, exámenes ginecológicos o inspecciones anales, que pueden afectar al derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas de la anatomía); y, de otra, las *intervenciones corporales*, que exigen la extracción de elementos internos o externos del cuerpo para ser sometidos a la correspondiente pericial —o su exposición a radiaciones—, y que, por su propia naturaleza, comprometen en mayor o menor medida la integridad física del investigado. Además, como sostiene la STC citada, la obtención no consentida de sangre, orina, pelos, uñas o cualquier otro resto orgánico del cuerpo humano lesiona el derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE⁸, puesto que la prueba de ADN no sólo sirve para su cotejo con la muestra dubitada, sino que es idónea para aportar una información complementaria sobre el sospechoso capaz de determinar su futuro personal o profesional en el supuesto de que sea conocida por terceros⁹.

Como se ha puesto de manifiesto, las inspecciones y las intervenciones corporales tienen de común su conexión

con el derecho fundamental a la intimidad, lo que debe inmediatamente relacionarse con el Acuerdo no jurisdiccional de 31 de enero de 2006. Es cierto que la recogida de *muestras genéticas abandonadas por el sospechoso* no repercute en modo alguno en su integridad física, como reconoce la ya citada STS 14-10-2005 ("no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal"), pero sí pudiera invadir la intimidad del justiciable. La cuestión la zanja esta sentencia del Tribunal Supremo sugiriendo que "si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley". Se olvida así el efecto más perverso de los atentados a la intimidad: se vulnera una norma, sea de la especie que sea, pero lo oculto deja de serlo, pudiendo pasar a ser de dominio más o menos público¹⁰. Y, además, se admite jurisprudencialmente la posibilidad de que la intimidad quede afectada por este procedimiento, proponiendo un remedio *romo*, muy distinto al que prescribe el art. 11.1 LOPJ.

En definitiva, la obtención de restos corporales como consecuencia de su abandono por el sujeto investigado no es un acto tan *banal* como declara la STS 14-10-2005: conecta con el derecho fundamental a la intimidad personal, como las entradas y registros domiciliarios o las intervenciones telefónicas, con el consiguiente reflejo en el proceso penal a través de lo dispuesto en el citado art.

8 La SAP Badajoz 13-9-2004 entiende que las intervenciones corporales afectan a los arts. 10, 15, 17, 18 y 43 CE y el ATSJ Madrid 19-5-2004, después de distinguir entre ADN codificante y no codificante, reconoce "la posibilidad de que ciertos perfiles o rasgos biológicos en sí mismos irrelevantes pueden llegar a ser significativos si se ponen en relación con otros datos referentes a sucesos o circunstancias vinculados por aquél", de manera que, para el caso del ADN no codificante, "una elemental *prudencia iuris* conduce a admitir que existe una afectación a la intimidad personal, aunque sea de menor entidad, propugnando que deban asumirse y adoptarse garantías de protección semejantes a las que se aplican en relación con otras pruebas corporales y con otros datos de carácter personal". En contra, SAP Álava 7-5-2004, ya que "la indagación se produce con fines exclusivos de identificación, descartando cualquier otra posibilidad". Lo trascendente, a mi juicio, no es la lesión del derecho fundamental a la intimidad, sino su puesta en peligro, al igual que sucede con las intervenciones telefónicas o las entradas y registros en el domicilio; en suma, el control de legalidad de la limitación del derecho fundamental no se supedita a la quiebra efectiva del derecho, sino a la constatación de su mero compromiso, pudiendo concluirse, pues, que basta con su violación desde una perspectiva formal, no exigiéndose la material. Así lo entiende la STC 70/2002, de 3 de abril, por todas: "el concepto de lo secreto tiene carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado".

9 Como expone la STC 25/2005, de 14 de febrero, "que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causar la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido".

10 Cfr. STC 196/2004, de 15 de noviembre, que acoge la denuncia de vulneración del derecho a la intimidad de una trabajadora despedida por consumir cannabis, dato que se obtuvo en un reconocimiento médico de la empresa consentido por la empleada, si bien no se le advirtió de la información que se pretendía obtener con tales pruebas.

11.1 LOPJ¹¹, pues no nos encontramos ante una cuestión de valoración de la prueba, sino de nulidad de la misma. Consecuentemente, el control judicial se antoja indeclinable, salvo en los casos que se propondrán a continuación, mucho más si se tiene en cuenta que para el Acuerdo de 31 de enero basta con ser *sospechoso* de la comisión de un delito para que la Policía Judicial pueda ir recogiendo por doquier sus restos genéticos o biológicos, al modo propuesto por la SAN (Sala de lo penal) 30-11-2005, que admite como prueba de cargo la pericial derivada del ADN obtenida de los cigarrillos arrojados al suelo por dos detenidos¹² y de un vaso donde un tercer sospechoso acababa de beber en un bar. Para esta resolución, se trata de objetos abandonados, lo que justifica su intervención por los funcionarios policiales; estos métodos de investigación serán todo lo eficaces que se quiera —es la máxima principal del funcionalismo—, pero pueden llegar a influir extraordinariamente en las actividades cotidianas y en la libertad de los ciudadanos, ya que todos podemos ser *sospechosos*, y soportar por ello que nuestros objetos de uso común sean incautados sin orden judicial alguna para su meticuloso análisis en un laboratorio científico.

4. Sobre la muestra indubitada

La prueba de ADN se articula sobre dos muestras: la dudada¹³, que aparece, por regla general, en el lugar

del delito o en el cuerpo de la víctima, y la indubitada, que es —o, mejor, debiera ser— aportada por el sujeto investigado en un proceso penal. Respecto a esta segunda modalidad, dispone el art. 363 LECrim que “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”, habiéndose añadido un párrafo segundo¹⁴, según el cual “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”.

Tanto el art. 326 como el 363 LECrim imponen el control judicial de las actuaciones que respectivamente disciplinan, siendo así que ambas disposiciones se han redactado cuando nuestra Constitución había cumplido veinticinco años de vigencia, sin que quepan las dudas que en ocasiones suscita el insostenible anacronismo de algunos pasajes de nuestra LECrim.

a) En el supuesto de la muestra dubitada, generalmente, será el Juez de instrucción el que *acordará u ordenará* las actuaciones tendentes a la recogida y análisis de las

11 En este sentido, el siempre invocado ATS 18-6-1992 (caso Naseiro) considera equiparables las intervenciones corporales, las entradas y registros y las intervenciones telefónicas a efectos de su repercusión en los derechos fundamentales a la dignidad y a la intimidad personales, concluyendo que “sólo la Ley y la decisión judicial expresa y motivada pueden invertir el signo del principio general. Las excepciones a este principio [repíte] traen causa directa e inmediata en la Constitución y han de venir, por consiguiente, establecidas en la Ley”. Más en concreto, y en relación con el derecho a la intimidad, dice: “es probablemente el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos. Si en él se introducen quiebras sin la necesaria justificación, puede romperse el equilibrio y la cimentación en el que se sustenta el edificio social en cuanto sostenedor del ordenamiento jurídico, que nace y vive para defender a la persona”.

12 La SAP Murcia 8-6-2004 valoró igualmente como prueba de cargo la pericial de ADN obtenida a partir de la intervención por un agente de unas zapatillas manchadas de sangre pertenecientes al detenido.

13 Art. 326 LECrim, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre: “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”.

14 También en mérito de la LO 15/2003, que trata de satisfacer la demanda contenida en 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 los 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”. Desde una dimensión constitucional, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, había adelantado que “a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal, no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales reserva absoluta alguna de resolución judicial”. Era de suponer que el art. 326 LECrim habría de paliar esta deficiencia, pero el Acuerdo comentado hace resucitar la queja expresada por el Tribunal Constitucional en 1996.

muestras¹⁵, con vigilancia de la llamada *cadena de custodia*¹⁶. Lo preceptivo igualmente el art. 778.3 –en sede del llamado procedimiento abreviado– cuando ordena que “El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se señale”. Así debe ser, pues aunque sean restos depositados por el autor del delito, constituyen el punto de partida de un itinerario que habrá de desembocar en su cotejo con la muestra indubitada, y todo ese proceso habrá de observarse con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales del investigado.

b) En relación con la muestra indubitada, y hasta la aprobación del Acuerdo de 31 de enero de 2006, era innegable y preceptiva la necesidad de control judicial de la pesquisa. Con el nuevo estado de las cosas cabe preguntarse si dicho Acuerdo tiene entidad suficiente para convertir en letra muerta las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la materia, observándose sin esfuerzo una palmaria contradicción entre ambos modos de solucionar la problemática. Y entiendo que no; en primer lugar, por elementales razones de jerarquía normativa, si es que estos Acuerdos no jurisdiccionales están en condiciones de ser aquilatados con auténticas normas de derecho positivo aprobadas con todas las solemnidades que la Constitución y el ordenamiento imponen; y, segundo, como elemental consecuencia de lo anterior, porque la seguridad jurídica que el art. 9.3 CE proclama hace que el tenor de las leyes (en este caso nada menos que orgánicas) no sea desviado por una resolución de tan dudosa legitimidad desde distintos puntos de vista.

Porque, en definitiva, lo que se observa es una derogación de lo dispuesto por la LO 15/2003, sugerida por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, de

modo absolutamente inmotivado y con una declaración escuetísima, sortea cualquier controversia derivada del compromiso que para los derechos fundamentales supone la captación de las muestras indubitadas de ADN, suministrando a la Policía Judicial unas potestades en la investigación criminal impropias de un Estado de Derecho y nada respetuosas, desde luego, con el principio de legalidad. Por eso conviene ahora con detenimiento referirse y detallar las garantías que nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal en fecha reciente ha previsto para la incautación de vestigios que contengan restos biológicos de los sospechosos.

4.1. Control judicial: excepciones

El art. 363 LECrim, como se ha referido a lo largo de este trabajo, no admite la posibilidad de que la “obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN” escape del control de la autoridad judicial, a quien se atribuyen exclusivas competencias a la hora de proponer la práctica de la prueba, siempre inspirada en los principios de “proporcionalidad y razonabilidad”.

Tal declaración legal cristaliza con la exigencia de motivación judicial de la medida, igual que sucede con otras limitaciones de derechos fundamentales acordadas para la investigación de los delitos. Esta formalidad se habrá de cumplimentar a través del correspondiente Auto, documento al que se refiere implícitamente el art. 363, párrafo segundo, cuando usa el giro “resolución motivada”. El legislador de 2003, al introducir dicho párrafo, ha dispuesto los requisitos que garantizan los derechos fundamentales del sospechoso en atención, precisamente, a la trascendencia constitucional de una diligencia de investigación como la consistente en la determinación más o menos completa del perfil de ADN, tratándose, debe insistirse, de una norma muy posterior en el tiempo a la entrada en vigor de la Constitución, impregnada con una sólida doctrina

15 Como reconoce el AAP Madrid 5-2-2003, no es necesaria la presencia del Juez instructor en el momento de la recogida de las muestras dubitadas, pero sí es preciso que acuerde tal medida. La STS 23-9-2004 no rechaza del acervo probatorio el análisis de unas muestras tomadas por el médico de guardia del hospital al que acudió la víctima. La SAP Madrid 16-7-2004 considera “irrelevante” que los restos analizados los recogieran unos ginecólogos y no el médico forense, como es sabido que preceptúa la ley. El ATS 17-6-2004 estima que el informe en el que se plasma la prueba de ADN no precisa ratificación en juicio por dimanar de un organismo oficial (Instituto Nacional de Toxicología).

16 Cualquier clase de averiguación sobre el perfil de ADN llevada a cabo por los perjudicados por el delito debieran carecer de eficacia probatoria alguna. En este sentido, cfr. SAP Valladolid 23-12-2004, con intervención de una agencia de detectives y un laboratorio privado, que concluye: “dicha “custodia” rompe con todas las reglas de la lógica sin ajustarse lo más mínimo a cualquier protocolo y distanciándose mucho de una diligencia normal”. Distinta valoración merece el caso de la SAP Navarra 4-6-2004, pues el pañuelo manchado de semen lo aportó la víctima a la Policía tras encontrarlo en el lugar de los hechos horas más tarde de la agresión. Sobre la búsqueda de pruebas de cargo por la víctima o sus familiares y su valor probatorio puede consultarse mi trabajo “Temporalidad y admisibilidad de la prueba en el proceso penal (a propósito de la sentencia del ‘padre coraje’)”, en *El Derecho. Diario de Jurisprudencia*, n.º 1264, octubre de 2000, pp. 1 y ss., y F. MUÑOZ CONDE, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, 2004, pp. 67 y ss.

na de nuestro Tribunal Constitucional en lo atinente a las relaciones entre investigación del delito e invasión de determinados derechos fundamentales.

Pero el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 31 de enero de 2006 decide que "La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". La regla no distingue entre muestras dubitadas e indubitadas y los antecedentes históricos que se expusieron en el primer apartado de este trabajo hacen pensar que dicha declaración no se dirige en solitario al primer grupo de restos, que, en cualquier caso, también han de ser incautados bajo control judicial. A mi juicio, el contenido del Acuerdo tiene efectos en los supuestos de apoderamiento policial de las muestras como consecuencia de un descuido o una práctica cotidiana del sospechoso, al modo enjuiciado en la STS 19-4-2005 (escupitajo del detenido en la celda) o de la ya mencionada SAN (Sala de lo penal) 30-11-2005, que es sabido que admitió como prueba de cargo la pericial de ADN obtenida de los cigarrillos arrojados al suelo y del vaso en el que un tercero acababa de beber en un bar. Estos casos acogen fundamentalmente el Acuerdo de enero de 2006, instaurando una suerte de *tertium genus*¹⁷ entre la muestra dubitada y la indubitada que no se compadece con lo propuesto por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, a pesar de la absoluta indeterminación legal que padece, se reputará en cualquier caso indubitada con apoyo, imagino, en la presunción de veracidad que se predica de las actuaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado; en este punto incardinan las críticas desarrolladas en el ordinal ii) del epígrafe anterior, porque el Acuerdo parece referirse a una especie de las muestras indubitadas. Nada de esto había previsto, desde luego, el legislador que, por el contrario, demanda la autorización judicial en cualquier caso.

En tal sentido, son dos las precisiones que han de realizarse en este momento en relación con la intervención de la Policía Judicial. La primera, que el art. 282 LECrim dispone que "La Policía Judicial tiene por objeto, y será obli-

gación 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". Ninguna de las alternativas propuestas por este precepto legitiman, siquiera sea formalmente, el Acuerdo de la Sala Segunda que se comenta: no es atribución de la Policía Judicial la recogida de muestras indubitadas, como nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal declara de manera incontestable; y, por otra parte, la recogida de efectos y pruebas del delito se conectaría en cualquier caso con la muestra dubitada tras haberse cometido el delito. Pero esta cláusula no atribuye a la Policía Judicial la potestad de ir colectando por doquier restos abandonados por los sospechosos de la comisión de infracciones penales¹⁸, incluso de manera subrepticia, como se ha dicho por nuestra jurisprudencia. El art. 282 LECrim se refiere a un escenario distinto, que se plasma en los momentos posteriores a la comisión del delito, pero no otorga una facultad omnímoda, ni en el contenido, ni en el tiempo¹⁹.

No se olvide que el art. 363.2 LECrim es un precepto introducido como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 15/2003, mientras que el art. 282, párrafo primero, es preconstitucional (no se ha modificado desde 1882), siendo así que el primero de los artículos citados no hace mención alguna a la posible intervención de la Policía Judicial en esa diligencia, por lo que debe entenderse derogado el art. 282, al menos en este aspecto concreto. Es de suponer que cuando el legislador de 2003 redacta aquella ley orgánica conoce las garantías que rodean en un Estado democrático la investigación criminal y la letra del art. 126 CE²⁰, máxime cuando se afectan derechos fundamentales y libertades públicas; y, de haber pretendido la intervención de terceros distintos al Juez de instrucción en la toma de muestras para la prueba de ADN, tendría que haberlo establecido de forma expresa; lo contrario única-

17 La propia jurisprudencia parece reconocerlo. Así, la STS 14-10-2005, ya citada, dice: "no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incógnitas sobre la integridad corporal". Y, sentado esto, admite como prueba de cargo la obtenida en tales condiciones rayanas en la clandestinidad.

18 Tampoco el art. 11 LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, de muy parecido tenor al art. 282 LECrim. En cualquier caso, el art. 363.2 de la ley adjetiva es posterior a este precepto, y no contiene cláusula alguna que permita a la Policía tomar muestras biológicas para la prueba indubitada de ADN, ni, menos, subrepticiamente como sostiene nuestra jurisprudencia.

19 En contra, dos resoluciones recientes: la STS 14-2-2006 y el ATS 13-2-2006. La primera resolución propone que "en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la Policía Judicial" es competente para la recogida de muestras. Si es así, y está legalmente previsto, ¿para qué se ha dictado el Acuerdo no jurisdiccional?

20 "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".

mente puede interpretarse como el establecimiento de un monopolio lógico en el control judicial de tan delicada pesquisa.

Y, desde luego, lo que ni el art. 282 LECrim, ni norma alguna, tolera es que se considere prueba de cargo la obtenida así: "ante unos jóvenes sospechosos se les sigue [por la Policía] y en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía" (STS 14-2-2006). Naturalmente, en virtud del Acuerdo no jurisdiccional –como se sostiene de forma expresa–, la prueba es válida. Igual sucede en la STS 20-3-2006: "el agente se apercebó de que C., tras toser, arrojó al suelo un esputo en la calle principal de dicha localidad, procediendo de inmediato dicho funcionario a recoger una muestra". El Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como se ve, ya está provocando sus efectos, haciendo sólida la doctrina de la citada SAN 30-11-2005.

Y segunda. Se ha establecido por vía jurisprudencial –sin refrendo legal alguno– que en supuestos de urgencia se puede suplir el control judicial de la medida por el policial, potestad que no ha encontrado acomodo en el breve texto que conforma el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 y que, a mi modo de ver, tendría que ver exclusivamente con la dubitada. Así, la STC 303/1993, de 25 de octubre, afirma que los actos de investigación de la Policía Judicial se valorarán como prueba 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"²¹. Pero, lógicamente, esta regla es excepcionalísima; entre otras razones, porque carece, como adelanté, de soporte legal que la legitime. Y ya va siendo hora de que se disciplinen normativamente de manera prolija las siempre delicadas relaciones entre investigación criminal y relajación de los derechos fundamentales de los investigados, sin dejarlas al albur de decisiones jurisprudenciales más o menos afortunadas. En cualquier caso, la STS 21-1-2000 matiza que "*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"²²; es decir, se refleja de nuevo la necesidad de intervención judicial en las diligencias iniciales de investigación, que podrá en ocasiones ser sustituida por el impulso de la Policía Judicial, pero en lo que se refiere a la muestra dubitada.

Porque, en suma, cuando se ordena la toma de una muestra indubitada son hasta tres los efectos jurídicos que, por su calado, aconsejan la tutela judicial de la medida. Primero, se comprometen derechos fundamentales del justiciable, como se expuso anteriormente; segundo, se asegura la *atribuibilidad* del mapa de ADN a su portador, estableciéndose su inobjetable asignación al investigado, por lo que, tercero, dada la fiabilidad de la prueba, el futuro procesal del sospechoso depende casi en exclusiva del resultado de la pesquisa, lo que conecta con los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo. Demasiados intereses en juego como para trasladar el control de estas diligencias a otras instancias diferentes a la judicial.

4.2. La motivación de la resolución judicial: consecuencias

Como resultante de cuanto se propuso en los párrafos anteriores, y por exigencia del art. 363 LECrim, la obtención de muestras biológicas del sospechoso se acordará en virtud de *resolución motivada*, es decir, mediante Auto²³.

Debe darse por reproducido en este momento todo el conjunto de exigencias que demandan otras intervenciones de derechos fundamentales en el seno de la instrucción criminal, que tendrán que ser objeto de valoración judicial y, en cualquier caso, plasmadas en el Auto correspondiente. En primer lugar, también por ministerio legal, es preciso dar satisfacción a los cánones de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, que, por ello, queda proscrita para supuestos de delitos que no sean graves. Y es precisamente esa *razonabilidad* la que hace que la letra del Acuerdo no jurisdiccional de referencia sea censurable, en cuanto supone, de una parte, la sustracción a la autoridad judicial de una potestad que le es exclusiva por mandato legal, y, de otra, otorga a la Policía Judicial unas facultades desmesuradas y poco respetuosas con el

21 Cfr. SAP Murcia 21-1-1998. Por su parte, la STS 23-11-2001 sostiene 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 STC 70/2002, de 3 de abril, 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 haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales".

22 La cursiva es mía.

23 SAP Badajoz 13-9-2004.

modo de investigar delitos en un Estado democrático²⁴. No parece *razonable* que, como admiten ya algunas resoluciones judiciales, la Policía pueda ir recogiendo las colillas y los vasos de los sospechosos, o sus escupitajos, de manera *subrepticia*, como sin recato admite la STS 14-10-2005.

Además, no se entiende lícita la toma prospectiva de muestras, por lo que deberá haberse comprobado antes de la solicitud judicial de la prueba indubitada —en su acepción legal y en la jurisprudencial— la existencia de indicios racionales de comisión de un delito grave. Esta máxima se traduce, a mi juicio, en la necesidad de preexistencia en el proceso penal de alguna muestra dubitada que invite a su cotejo con la indubitada, y siempre que el sospechoso pueda quedar vinculado de modo *razonable* al hecho delictivo, como atinadamente propone el AAP Barcelona 28-1-2004²⁵, y con proscripción tajante de la investigación *en cadena*²⁶. En este sentido, el uso del término *sospechoso* —tanto por el art. 363 LECrim como por el Acuerdo no jurisdiccional— aleja cualquier posibilidad de intervenciones corporales aleatorias, pues, insisto, habrá de acreditarse necesariamente, al menos, una indiciaria relación del sujeto investigado con los hechos que originaron las actuaciones.

Sobre el perfil del justiciable, más acertado hubiese sido referirse al *imputado*. En efecto, el art. 118 LECrim dispone que “toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho a la defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”. En puridad, la toma de cualquier muestra de ADN

atribuible con fiabilidad a su emisor —ya sea la genuinamente indubitada o esta nueva categoría inventada por el Acuerdo de enero de 2006— debiera obtenerse en exclusiva en aquellos casos en los que el delito se ha producido y el Juez ha impulsado la incoación del correspondiente procedimiento, pues sólo en su seno, y como consecuencia de su existencia, cabe acordar tal medida restrictiva del derecho fundamental a la intimidad; lo que significa, de acuerdo con el precepto citado, que el investigado está imputado. No obstante, con el método ideado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo casa mejor el *status* de sospechoso, mucho más indeterminado en la legislación procesal vigente; la calidad de sospechoso no precisa de demasiados requisitos formales, pero imputado únicamente lo es aquel a quien la autoridad judicial atribuye tal condición²⁷.

Se cumpliría así lo que recoge el ATS 14-11-1996²⁸, que declara que la situación procesal de imputado requiere dos requisitos esenciales que complementan la letra del art. 118 LECrim: que la imputación esté dirigida contra una persona concreta y que sea fundada, “siendo necesario reconocer al Instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado;” en definitiva, “es el instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella atribución y sólo si la considera verosímil o fundada, de modo que nazca en él una sospecha contra persona determinada, deberá considerarla como imputado”. Pues bien; desde estos presupuestos, la conclusión es que la toma de muestras indubitadas únicamente se acordará una vez que el investigado esté imputado en la causa, lo que, entre otras muchas consecuencias, garantiza la asistencia letrada en el momento de la toma de decisión acerca de su anuencia²⁹.

24 Como señala el ATS 18-6-1992, “no es ni puede ser un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad”. Esta inversión en el modo de actuar que propone el Acuerdo no jurisdiccional que se comenta, actuando la Policía antes que el instructor, la prohíbe el citado Auto: “sólo el Juez, salvo supuestos excepcionales previstos expresamente por la Constitución o la Ley, puede acordarla [la *intercepción de la comunicación*] y su decisión ha de fundarse en indicios constatables en la causa, que pueden ser los que le facilite la Policía”.

25 “Ni el recurrente ni el Ministerio Fiscal nos dicen cuáles son los indicios racionales que vinculan a las tres personas con la muerte objeto de investigación. Revisada la causa por la Sala no se encuentran esos indicios objetivos necesarios para limitar válidamente el derecho fundamental, sólo se trata de meras sospechas”.

26 Como propone la STS 22-7-2005: “comprobada la no correspondencia de los restos hallados con el perfil genético de ninguno de los acusados y excluida esta prueba del acervo incriminatorio, la pretensión de que se comparase con otras personas del círculo de relaciones de la víctima, respecto de las que no había ningún otro motivo de sospecha, resultaba gratuita e infundada”.

27 Debe huírse de la elaboración de categorías mixtas, como hace la tan comentada SAP Madrid 8-5-2006 (conocido, aunque no es acusador, ni acusado, como *caso Bono*), que declara la existencia de *imputados policiales*.

28 Con apoyo en la STC 37/1989, de 15 de febrero.

29 Así, ATS 19-7-1997: “si imputar significa la atribución a una persona de hechos que pudieran ser constitutivos de delito o falta, quiere ello decir que la declaración en concepto de tal adquiere una importancia vital en cuanto al derecho de defensa, puesto que desde ese momento no cabe duda alguna de la condición del imputado, superior a la del mero sospechoso, que le hace acreedor de las garantías procesales necesarias en evitación de la indefensión”. En contra se sitúa el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 13 de julio de 2005 (cfr. nota a pie número 3 de este trabajo). Por su parte, la SAP Gerona 26-10-2004 declara nula la extracción de sangre por la ausencia de asistencia letrada, si bien subrayando la condición de preso del investigado.

Por eso, en definitiva, tanto el art. 363 LECrim como el Acuerdo no jurisdiccional de enero de 2006 adoptan inapropiadamente el término *sospechoso*, aunque —para el método que patrocina el segundo— tan inconsistente situación procesal es más apropiada que la de imputado³⁰. Y es que si el repetido Acuerdo hubiese utilizado ese término procesal se hubiese desmoronado automáticamente la mecánica que propone, ayuna, como he repetido, de apoyo legal alguno. Porque el juez instructor es el único habilitado para imputar al hasta entonces mero sospechoso y, una vez alcanzada esa condición, se le propondrá al investigado la aportación de muestras biológicas para su coitejo con las abandonadas en el lugar del delito; así, es exclusivo el control judicial de este itinerario. Como debiera ser en cualquier caso.

La toma de muestras ha de ser *absolutamente indispensable para la necesaria investigación criminal*, en palabras del art. 363 LECrim. Nuestra jurisprudencia es respetuosa con este enunciado legal que, por ejemplo, la reputa innecesaria si existen otras pruebas de cargo contra el acusado (STS 6-7-2005), aunque sean indiciarias (SAP Lugo 21-4-2005). Como se ve, hay prescrito todo un régimen de garantías que persiguen de propósito la salvaguarda, no sólo del derecho fundamental a la integridad corporal del sospechoso, sino también de su intimidad; y estas garantías se diluyen con el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, desplazando al calabozo o a la calle la práctica de una diligencia atribuida en exclusiva al juez instructor porque, recapitulando:

- 1) La atribuibilidad de la muestra al sospechoso es inapelable;
- 2) Se comprometen derechos fundamentales del justiciable y, en cualquier caso, su intimidad.

Y, por estas razones, entiendo que la Policía Judicial no es competente para recoger restos abandonados por el sos-

pechoso, ni por razones de urgencia, ni de ninguna clase, aun a costa de que se produzcan lagunas de impunidad incomprensibles para el común de los ciudadanos, pero no para los juristas que desarrollan su actividad en un Estado de Derecho.

5. Conclusiones

i) La toma de muestras para la realización de la prueba indubitada de ADN debe realizarse bajo exclusivo control judicial por comprometerse en todo caso el derecho fundamental a la intimidad del investigado.

ii) Así lo dispone el art. 363.2 LECrim, introducido por la LO 15/2003, que no prevé excepción alguna a ese régimen. Se trata de una norma posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

iii) No cabe oponer de contrario el art. 282 LECrim, precepto preconstitucional —data de 1882— que entraría en aparente conflicto con una ley orgánica, porque de una parte, en nada puede desdeñarse la letra del art. 363.2 por elementales razones históricas y de coherencia legislativa y, de otra, nunca habilitaría para la toma de muestras subrepticias, como propone y tolera determinada jurisprudencia citada a lo largo de este estudio.

iv) La pertinencia de la práctica de la prueba indubitada de ADN debe valorarse judicialmente y articularse a través de Auto una vez que el investigado ha alcanzado la condición de imputado, y no de mero sospechoso, lo que asegura la asistencia letrada en esta diligencia.

v) Merece ser revisada, con carácter programático, la validez de estos Acuerdos no jurisdiccionales. El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo pudiera estar arrojándose unas potestades legislativas, con repercusión inmediata en la toma de decisiones jurisdiccionales, que distorsionan especialmente cuando contradicen alguna disposición legal expresa o afectan a derechos fundamentales del justiciable.

³⁰ En tal sentido, el AAP Tarragona 26-6-2002 advierte que la situación de imputado, a diferencia de la de sospechoso, "persigue evitar una inquisición general contra un ciudadano", en la que bien incardinaría la toma indiscriminada de muestras biológicas por los funcionarios de la Policía Judicial.