TESIS DOCTORAL

LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS DE ADN

MANUEL LÓPEZ VALERA

**PROGRAMA DE DOCTORADO
EN UNIÓN EUROPEA**

**DIRECTORA:
PROF. DRA. DÑA. MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
2018**

AGRADECIMIENTOS

Quiero en primer lugar agradecer a Dios por haber sido mi fiel soporte anímico para acometer todos los esfuerzos más arduos de mi vida y especialmente este laborioso y largo trabajo de investigación que comencé en 2012 tras una amistosa conversación con el catedrático de Derecho Procesal D. José Vicente Gimeno Sendra, el cual fue mi profesor y director del programa de Doctorado de la UNED “Temas Procesales de Actualidad” durante los cursos 2005 a 2009.

En segundo lugar quiero agradecer encarecidamente, a la vez que dedicar este trabajo, a mi esposa Aurora por su amor, dedicación y entrega incondicional, sin cuyo apoyo y sacrificios no hubiese culminado el mismo, así como agradecer a mis hijos Isabel y Manuel su comprensión y paciencia demostrados, aún en perjuicio de su necesaria atención sobre todo en sus primeros años de vida.

Igualmente quiero agradecer a todo el equipo de profesionales de Doctorado de la UNED, Departamento de Procesal donde inicié mis primeros cursos de docencia e investigación hasta obtener la calificación de suficiencia investigadora, gracias a los profesores D. Vicente Gimeno Sendra, D. Manuel Díaz Martínez, Dña. Ana Isabel Luaces Gutiérrez, Doña. Sonia Calaza López y especialmente a Doña. María José Cabezudo Bajo por haberme dirigido y tutorizado este trabajo de investigación, por su constante corrección, plena disposición y ánimo infundidos, sin los cuales nunca hubiese concluido el mismo.

No puedo dejar de mencionar a otras personas que fuera del ámbito universitario me han ayudado en esta investigación, aportándome los elementos más pragmáticos sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, como miembros del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, especialmente a los Comandantes D. José Antonio Cano Fernández, D. Emilio Rodríguez y a la Sargento Dña. Gloria Araujo Gómez, así como a Dña. Gema Barroso Villarreal Comisaria del Laboratorio de Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía

entre otros profesionales que de forma desinteresada han contribuido a culminar este trabajo de investigación.

ÍNDICE GENERAL.....	4
ÍNDICE.....	5
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULOS.....	22
CONCLUSIONES.....	302
BIBLIOGRAFÍA.....	329
JURISPRUDENCIA ANALIZADA	352

ÍNDICE.....	5
CAPÍTULO I.....	22
MOTIVACIÓN DEL TRABAJO: ESTADO DE LA CUESTIÓN, METODOLOGÍA Y OBJETIVOS	22
I. ESTADO DE LA CUESTIÓN	22
1. Estado de la cuestión a nivel legislativo	23
A) Derecho español.....	24
B) Derecho Comparado.....	34
2. Estado de la cuestión a nivel doctrinal	47
A) Necesidad de una regulación sobre cadena de custodia.....	48
B) Requisitos que debe cumplir la cadena de custodia.....	48
C) Corrección e integridad de la cadena de custodia.....	49
D) Concepto de cadena de custodia.....	50
E) Inexacta e insuficiente regulación de la cadena de custodia en la LECRIM. .	51
F) Quiebra de la cadena de custodia.....	52
G) Cadena de custodia en las pruebas de ADN.	53
3. Estado de la cuestión a nivel jurisprudencial	56
A) Sentencias del Tribunal Constitucional.....	57
B) Sentencias del Tribunal Supremo.....	59
C) Sentencias Audiencias Provinciales.....	61
II. METODOLOGÍA.....	65
III. OBJETIVOS.....	66
 CAPÍTULO II.....	 69
CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN.....	69
I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA EN LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS EN GENERAL.....	69
1. Introducción.....	69
2. Concepto y notas esenciales en la cadena de custodia de las pruebas.....	72
A) Legislación sobre el concepto de cadena de custodia.....	74
B) Doctrina sobre el concepto de cadena de custodia.....	83

C) Jurisprudencia sobre el concepto de cadena de custodia.....	89
3. Naturaleza jurídica en la cadena de custodia de las pruebas.....	93
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN.....	95
1. Concepto y notas esenciales en la cadena de custodia de las pruebas de ADN.....	95
2. Naturaleza jurídica de la cadena de custodia de las pruebas de ADN.....	99
III. FINALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN.....	101
 CAPÍTULO III.....	 107
LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE OBTENCIÓN DE LAS MUESTRAS DE ADN.....	107
I. LOCALIZACIÓN, HALLAZGO Y RECOGIDA DE MUESTRAS EN LA CADENA DE CUSTODIA.....	107
1. Definición de localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia.....	108
2. Deficiente regulación en la LECRIM de localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia.....	110
3. Regulación en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia....	114
A) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.....	114
B) Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.....	115
C) Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses.....	116
D) Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.....	116
E) Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Policía Judicial.....	117
F) Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, de Protocolo Nacional de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.....	117

G) Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional uso forense del ADN.....	119
H) Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de base de datos policial sobre identificadores de ADN.....	120
I) Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la Preparación y Remisión de Muestras Objeto de Análisis al INTCF.....	121
4. Manuales de Policía Judicial sobre de localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia.....	122
A) Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil.....	123
B) Normas de Procedimiento y Actuación de la Comisaría General de Policía Científica.....	125
C) Criterios Generales para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial...	126
5. Recomendaciones GHEP-ISFG (Genética Forense).....	129
II. PRESERVACIÓN Y EMBALAJE DE LAS MUESTRAS EN LA CADENA DE CUSTODIA	135
1. La Preservación de las muestras como segunda subfase de la cadena de custodia en la fase de obtención	135
A) Definición de preservación de muestras en la cadena de custodia.....	136
B) Deficiente regulación en la LECRIM de la preservación de las muestras en la cadena de custodia.....	138
C) Regulación en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre preservación de las muestras en la cadena de custodia.....	140
D) Manuales de Policía Judicial sobre preservación de las muestras en la cadena de custodia.....	142
E) Recomendaciones GHEP-ISFG (Genética Forense) de 2000.....	147
F) Orden JUS/1291/2010, sobre remisión de muestras al INTCF.....	148
2. El embalaje de las muestras como medio de preservación.....	150
3. Requisitos del embalaje en la preservación de las muestras.....	156
A) Preservación mediante sellado del embalaje.....	157
B) Preservación mediante rotulado del embalaje.....	162
C) Preservación mediante el etiquetado.....	165

III. TRANSPORTE DE LAS MUESTRAS EN LA CADENA DE CUSTODIA.....	170
1. Definición de transporte de muestras en la cadena de custodia.....	170
2. Regulación de transporte de muestras en la LECRIM.....	173
3. Regulación en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre transporte de las muestras en la cadena de custodia.....	174
4. El transporte como garantía de la cadena de custodia de las muestras de ADN.....	178
 CAPÍTULO IV.....	187
LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN.....	187
I. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE ADN EN LA FASE DE ANÁLISIS.....	187
1. La cadena de custodia de las muestras de ADN durante el análisis.....	188
2. Eficacia del análisis de ADN y cadena de custodia de las muestras utilizadas en estos laboratorios	190
A) Criterios de licitud.....	191
B) Criterios de fiabilidad.....	192
II. LICITUD Y FIABILIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE ADN EN LA FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN.....	194
1. Acreditación de los laboratorios de ADN.....	195
2. La manipulación durante el análisis de ADN.....	198
3. Prevenciones del personal que realiza los análisis y tareas de control de la cadena de custodia.....	200
4. Control normativo de la cadena de custodia de las muestras de ADN en la fase de análisis.....	204
 CAPÍTULO V.....	209
LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE TRATAMIENTO DEL DATO.....	209

I. EL DATO GENÉTICO.....	209
1. Necesidad de conocer qué es el dato genético.....	209
2. El dato genético frente a muestra biológica de ADN.....	216
3. Los datos genéticos como datos de carácter personal sensibles.....	217
4. Uso exclusivo de datos genéticos con fines de investigación criminal.....	222
II. EL TRATAMIENTO DEL DATO GENÉTICO.....	227
1. Antecedentes normativos sobre el tratamiento del dato genético.....	227
2. El adecuado tratamiento de los perfiles genéticos bajo la regulación actual.....	253
3. Tratamiento de las bases de datos de ADN policiales.....	245
A) Necesidad de control de las bases de datos genéticos policiales.....	237
B) Destino final de los datos genéticos.....	241
 CAPÍTULO VI.....	 244
LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE REMISIÓN, DEPÓSITO Y DESTRUCCIÓN DE PRUEBAS DE ADN.....	244
I. ÚLTIMA FASE DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS DE ADN.....	244
II. REMISIÓN AL JUZGADO DE LAS PRUEBAS DE ADN.....	246
III. DEPÓSITO DE LAS PRUEBAS DE ADN EN LA CADENA DE CUSTODIA.....	251
IV. DESTRUCCIÓN DE LAS PRUEBAS DE ADN EN LA CADENA DE CUSTODIA.....	255
 CAPÍTULO VII.....	 265
TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN.....	265
I. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS DE ADN Y DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS.....	265
II. EFECTOS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CADENA DE CUSTODIA.....	268

III. INFRACCIONES DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS.....	271
1. Infracciones de la cadena de custodia que no afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o Irregularidades no Invalidantes.....	275
2. Infracciones de la cadena de custodia que afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o Irregularidades Invalidantes.....	285
IV. LA IMPUGNACIÓN POR INFRACCIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA.....	295
1. Cauces procesales que deben utilizar las partes para impugnar las infracciones sobre la cadena de custodia.....	296
2. Requisitos de impugnación de las infracciones de la cadena de custodia.....	297

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADN	Ácido Desoxirribonucleico.
ADNIC	Bases de Datos Genéticos de Investigación Criminal de la Guardia Civil.
ADR	Acuerdo Europeo de Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera.
AMA	Asociación Mundial Antidopaje.
Art.	Artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Sentencias Tribunal Constitucional Federal Alemán).
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CNUFADN	Comisión Nacional Uso Forense Acido Desoxirribonucleico.
CNI	Centro Nacional de Inteligencia español.
CNP	Cuerpo Nacional de Policía.
CODIS	Combined DNA Index System ((Sistema de Indizado Combinado de ADN implantado en España en 2007 cedido por el FBI de los EEUU).
CONI	Comitato Olimpico Nazionale Italiano
CP	Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre).
CPP	Código Procesal Penal (Anteproyectos de Ley de 2011 y 2013).
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
D.A.	Disposición Adicional.
D 316	Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009.
DGGC	Dirección General de la Guardia Civil.
DGP	Dirección General de la Policía Nacional.
DGT	Dirección General de Tráfico.

D.M.	Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
D.T.	Disposición Transitoria.
Ed.	Editorial.
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica.
EM	Estado(s) Miembro(s).
ENFSI	Europea de Institutos de Ciencias Forenses.
ESS	Stienciasations European (Conjunto de Normas Europeas intercambio de resultados de análisis de ADN).
FBI	Federal Bureau of Investigation (Departamento Federal Investigaciones de los EEUU).
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado español.
FENIX	Base de datos de identificación genética de desaparecidos, cadáveres con fines sociales y humanitarios de la GC.
FGE	Fiscalía General del Estado.
F.J.	Fundamento Jurídico.
GC	Guardia Civil
GEP-ISFG	Grupo de Habla Española y Portuguesa de la Sociedad Internacional de Genética Forense.
INTCF	Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Ministerio de Justicia).
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal.
ISFG	Intenational Society for Forensic Genetics (Sociedad Intenacional de Genética Forense).
ISO	International Organization of Standardization (Sociedad Internacional de Normalización)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LIMS	Laboratory Information Management System (aplicación informática de gestión integral del laboratorio, compañía Labware).
LO	Ley Orgánica.

LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
Nº	Número.
OACI	Instrucciones de la Organización de Aviación Civil Internacional.
OMI	Organización Marítima Internacional.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Op. Cit.	Obra citada, igual que la referencia anterior.
Pág.	Página.
RAE	Real Academia de la Lengua Española.
RD	Real Decreto
ROCMF	Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de Cuerpo de Médicos Forenses.
ROCSJ	Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.
RINT	Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto de Toxicología.
RPJ	Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de la Policía Judicial.
RFEC	Real Federación Española de Ciclismo.
RID	Reglamento Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril de 9 de mayo de 1980.
SAER	Sistema Adhesivo para Extracción de Residuos en disparos con armas de fuego.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
SECRIM	Servicio de Criminalística de la Guardia Civil.
Ss	Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional Español.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo Español.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UCI	Unión Ciclista Internacional.
UE	Unión Europea.
UN	United Nations (Naciones Unidas).
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura).
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime (Oficina de Naciones Unidas sobre Crimen y Drogas).
UPU	Unión Postal Universal.

INTRODUCCIÓN

Como ha recogido la jurisprudencia¹ la cadena de custodia no es original del proceso penal, sino que se trasplantó a dicho ámbito de la investigación en el proceso penal a partir de un concepto propio de las empresas transformadoras de materias primas, en especial las forestales, para la obtención de otros productos. Dichas empresas adquirirían el compromiso de garantizar que al menos un determinado porcentaje de aquellas materias denominadas materias certificadas, cumplieran unas ciertas características de calidad, generalmente medioambientales. Así la cadena de custodia se ha introducido en el derecho procesal penal para garantizar las fuentes de prueba y tan sólo es reconocida literalmente en la LECRIM recientemente (art. 796.1.7ª)², si bien existen algunos escuetos preceptos que recogen medidas necesarias de custodia, conservación y garantías de integridad de las muestras, efectos o pruebas del delito (arts. 326, 338, 479 y 770.3ª LECRIM).

La cadena de custodia de las pruebas posee una gran importancia como institución procesal, debiendo ser situada en el ámbito de las fuentes de prueba³, las cuales desde que son recogidas y hasta que llegan a concretarse a través del dictamen pericial en juicio, deben realizarse conforme a algunas garantías de correcta y legal obtención⁴, siendo el objetivo principal de la cadena de custodia la necesidad de proteger las fuentes de prueba a lo largo de todo el proceso penal⁵. La doctrina jurisprudencial⁶ ha resumido esta garantía mediante el

¹ SAP de Huelva 13/2007, de 25 de junio.

² Art. 796.1.7ª LECRIM fue redactado por el apartado cuatro de la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio), vigente desde el 23 diciembre 2010.

³ MONTERO AROCA, J., “Nociones Generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, Cuadernos de de Derecho Judicial, Madrid 2000, pág. 45. “Las fuentes de prueba son elementos extrajurídicos y ajenos al proceso, que existen con independencia de éste y que no tienen repercusión jurídica procesal; surgen con anterioridad al proceso y acaecen en la realidad independientemente de la existencia del proceso”.

⁴ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMNÍNGUEZ, V., “Derecho Procesal Penal”, Valencia 2008, pág. 367.

⁵ LEAL MEDINA, J., “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión de las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, Diario La Ley, nº 8846 de 19/10/2016, Ed. Wolters.

término “mismidad de la prueba”, para resaltar que todos los objetos, muestras o vestigios que integran la investigación penal, han de ser los mismos e idénticos a lo largo de todo el proceso penal desde su inicio hasta que son analizados en el laboratorio y puestos a disposición judicial.

Así para garantizar la preservación de las fuentes de prueba, se deben tomar todas las precauciones posibles para evitar la contaminación, asegurando, en definitiva, que desde su recogida hasta su presentación ante el órgano judicial, no han sufrido ningún tipo de alteración y que podrán por tanto desplegar toda su eficacia probatoria⁷.

Esta importancia procesal de la cadena de custodia de las pruebas, cuyo procedimiento puede afectar notablemente a la verosimilitud, legitimidad y validez de las fuentes de prueba, las cuales servirán como prueba de cargo o de descargo en el proceso penal, pudiendo verse afectados derechos tan fundamentales de la persona, como la presunción de inocencia o el derecho a un proceso justo y con todas las garantías (art. 24.2 CE), no se ve reflejada en su regulación legal, siendo en España prácticamente inexistente o insuficiente. Tan sólo existe en nuestro país un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 valiosísimo en esta materia, por contener un capítulo exclusivamente sobre la cadena de custodia, con normas sobre tareas de recogida, custodia y análisis, así como procedimiento de gestión de muestras, destrucción y garantías de las fuentes de prueba, sin que el mismo nunca se haya materializado en un texto normativo vigente, además preveía otro capítulo exclusivo de toma de muestras en investigaciones mediante marcadores de ADN, en el que se establecían unas garantías en la toma de muestras, obtención y análisis de los perfiles en beneficio de su control mediante la cadena de custodia.

⁶ STS 676/2016, de 22 de julio.

⁷ GUTIERREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Ed. Aranzadi S.A.U., Pamplona 2016, pág. 20.

De este modo, la falta de regulación específica en esta materia, provoca errores en el control y garantías en el íter de las pruebas, que es aprovechado por las defensas en el proceso penal para privar de eficacia los resultados de las pruebas periciales, alegando irregularidades en las técnicas de actuación de la Policía Judicial, laboratorios oficiales o de cualquiera de los agentes intervinientes en la cadena de custodia, e incluso la ilicitud de la prueba por obtenerla violentando los derechos fundamentales recogidos en el art. 24.2 CE.

Esta carencia de regulación de la cadena de custodia de las pruebas se ve acrecentada aún más en las pruebas de ADN, por su especialidad científica resultante del análisis⁸ y su diversidad de obtener datos de carácter personal, donde pueden verse afectados además de la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, otros derechos fundamentales, como la intimidad o la integridad física de las personas (arts. 18.1 y 15.1 CE).

Por los motivos expresados, con esta tesis pretendemos incidir sobre la necesidad de desarrollar un adecuado procedimiento que garantice los vestigios de ADN mediante la cadena de custodia, para que puedan ser tratados como fuente de prueba en una investigación criminal de forma lícita y fiable, así como realizar una propuesta de regulación sobre la misma que mitigue los efectos negativos derivados de su carencia legislativa.

Para estos cometidos hemos realizado un estudio pormenorizado del procedimiento de cadena de custodia de las pruebas de ADN, partiendo primeramente del estado actual de la cuestión, para continuar detectando las deficiencias observadas en la legislación, con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia.

⁸ SOTO RODRÍGUEZ, M.L., “El ADN como identificador criminal en el sistema español”, Diario La Ley, nº 8274, de 19 de marzo de 2014, pág. 14 “Los análisis de ADN forman parte de una prueba pericial, basada en conocimientos científicos, que debe ser valorada por el Juez, sin que el principio de la libre valoración de la prueba (arts. 741 LECRIM y 348 LEC) permita que el Juez vaya por caminos contrarios a los que para la ciencia son indiscutibles”.

Estas actuaciones han sido sistemáticamente elaboradas a lo largo de este trabajo de investigación mediante ocho capítulos que conforman esta tesis, y que a continuación resumimos anticipadamente para una mejor comprensión.

En el capítulo primero se han descrito primeramente la justificación de este trabajo, continuando con el estado actual de la cuestión a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, siguiendo con la metodología utilizada y finalizando con los objetivos que pretendemos alcanzar con esta tesis.

En el capítulo segundo hemos desarrollado el necesario concepto y naturaleza jurídica de la cadena de custodia en las pruebas en general y posteriormente aplicándolo a la cadena de custodia de las pruebas de ADN en particular. También se han expuesto las finalidades que se persiguen con la cadena de custodia en las pruebas de ADN.

En el capítulo tercero se ha expuesto de forma independiente y ordenada cómo debe realizarse la cadena de custodia en la fase de obtención de la muestra de ADN o primera fase, la hemos dividido a su vez en tres subfases al objeto de poder realizar un exhaustivo y pormenorizado estudio de la misma, siendo la primera subfase de localización, hallazgo y recogida de muestras, la segunda de preservación y embalaje y la tercera del transporte de las mismas hasta los laboratorios donde serán analizadas. Significando que la fase de obtención de las muestras de ADN en la cadena de custodia, es la primera operación y quizás la más importante para lograr finalmente la eficacia probatoria, por lo que estas actuaciones deben realizarse de forma lícita y fiable, llevándose a cabo en las diferentes etapas o tiempos sucesivos expresados.

En el capítulo cuarto hemos desarrollado la segunda fase de la cadena de custodia o fase de análisis del perfil de ADN, determinando el proceso de control mediante la cadena de custodia de las muestras de ADN desde que entran en el laboratorio para ser analizadas hasta que salen de éste para ser finalmente depositadas o simplemente son consumidas en su totalidad.

También hemos introducido los requisitos de acreditación de los laboratorios donde se analizarán las muestras de conformidad con la norma ISO/IEC 17.025 y con la Comisión Nacional para el Uso Forense de ADN (CNUFADN), dando licitud y fiabilidad a las operaciones de análisis realizadas, teniendo siempre presente que estas operaciones de manipulación y análisis de las muestras de ADN en el interior de los laboratorios para obtener los perfiles de identificación, afectan tanto a los análisis de ADN como a la cadena de custodia de las muestras de ADN, por lo que cuando nos referimos a diversas cuestiones y control de los análisis de ADN estamos a su vez relacionándolas directamente con la cadena de custodia de las pruebas de ADN en la fase de análisis.

En el capítulo quinto hemos continuado con la fase de tratamiento del dato genético tras la fase de análisis, la cual la consideramos como la fase más compleja de la cadena de custodia de las muestras de ADN, porque no solamente deben ser controladas y garantizadas las muestras biológicas objeto de los análisis químicos, sino también los datos genéticos obtenidos junto con las bases de datos personales que los contienen.

Las bases de datos de ADN se componen de informaciones sobre identificación personal y hereditaria recogidas por la Policía Judicial en archivos informáticos, obtenidos del análisis de muestras orgánicas procedentes de una investigación criminal, identificación de cadáveres o averiguación de desaparecidos en conformidad con la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Estas bases de datos o archivos informáticos distintos ya de las muestras biológicas, presentan una serie de problemas no totalmente resueltos por el legislador respecto a su control mediante la cadena de custodia, por lo que hemos tratado de dar un resultado satisfactorio a los mismos, garantizando que los datos sean tratados de forma lícita y fiable mediante la cadena de custodia.

El capítulo sexto lo hemos destinado a exponer la última fase de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, de destino final o fase de remisión al Juzgado, conservación o depósito y destrucción de las pruebas de ADN, como así lo han entendido parte de la doctrina, manuales de Policía Judicial e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, pues el procedimiento de control de las muestras de ADN debe garantizarse en todo momento y hasta el final de su existencia o conservación al objeto de contraprueba, mientras el delito no esté prescrito.

Siendo una característica general de nuestro derecho la inexistencia o escasa regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, la cual se ve acrecentada en esta fase, hemos intentado en este capítulo y una vez más, motivar una propuesta de regulación normativa que incorpore estas tareas de remisión al Juzgado, depósito y destrucción de estas pruebas mediante el control realizado mediante la cadena de custodia.

En el capítulo séptimo hemos abordado el tratamiento procesal sobre la cadena de custodia de las muestras de ADN, observando las irregularidades o infracción por ruptura de la cadena de custodia, pasando por las soluciones jurisprudenciales y doctrinales más interesantes y estableciendo unos requisitos esenciales sobre la impugnación de la cadena de custodia que inviten a la mejora de esta institución procesal.

Hemos finalizado este trabajo de investigación con unas conclusiones finales de cada uno de los siete capítulos reseñados que conforman esta tesis y que de forma resumida expresan el objetivo de conseguir formular una propuesta de regulación de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, auspiciada por su importancia en el ámbito procesal probatorio y ante la carencia de regulación específica de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello hemos tenido en consideración el adecuado tratamiento procesal y legal existente, observando las irregularidades y ruptura de la cadena de

custodia, pasando por las soluciones jurisprudenciales y doctrinales al respecto, intentando conseguir la eficacia probatoria de las pruebas de ADN mediante el control de la cadena de custodia , realizándolo siempre al amparo de criterios de licitud y fiabilidad.

CAPITULOS

CAPÍTULO I

MOTIVACIÓN DEL TRABAJO: ESTADO DE LA CUESTIÓN, METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Con carácter previo a la identificación y análisis de las cuestiones que plantearemos a lo largo de esta tesis en relación con la cadena de custodia de las pruebas de ADN, en este capítulo expondremos la justificación de este trabajo, la metodología utilizada y los objetivos que pretendemos alcanzar en la misma. Es por ello por lo que este capítulo es a modo de introducción.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta tesis recae sobre el estudio de la cadena de custodia en la prueba de ADN, en la que identificaremos y analizaremos los problemas jurídicos que impiden o dificultan el correcto aseguramiento, preservación, transporte, análisis y protección del material biológico o genético de ADN obtenido en el lugar del crimen en el curso de una investigación judicial y policial.

Partiremos del concepto de cadena de custodia de la prueba o procedimiento de control realizado desde que se obtienen las muestras hasta que se valoran como pruebas por el Tribunal en el plenario, incluyendo el destino final de las mismas, como sería la conservación o la destrucción de las pruebas de ADN.

Sentaremos las bases doctrinales y prácticas por las que debe regirse este procedimiento de cadena de custodia para preservar las pruebas y especialmente las pruebas de ADN de esta forma, contribuiremos a una futura promulgación de una norma específica en esta materia procesal.

Nuestro Ordenamiento Jurídico y concretamente nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, recoge de una forma genérica y vaga la cadena de custodia de las pruebas, en lo referente al tratamiento, aseguramiento, conservación, manipulación,

traslado y entrega de las pruebas o evidencias a la autoridad judicial, teniéndose que recurrir a interpretaciones doctrinales, jurisprudenciales y protocolos de actuación no normativos, de cómo deben actuar Jueces, Policía Judicial y Médicos Forenses.

Para que las piezas de convicción junto con otras evidencias orgánicas sobre las que se extraerán muestras de ADN de los escenarios del crimen o en el curso de una investigación judicial, se realicen sin vulneración de derechos y conforme a la legalidad vigente, es necesario que se perfeccione el procedimiento de la cadena de custodia de las pruebas.

En la actualidad no se ha abordado en profundidad el tema de la cadena de custodia, quedando reflejado en la circunstancia de que en España no existe una norma que regule específicamente esta materia con carácter general y menos aún en relación a la prueba de ADN, y ello a pesar de que la cadena de custodia es una institución procesal necesaria, por su gran importancia para garantizar un proceso con todas las garantías, de conformidad con nuestra Constitución (art. 24.2 CE).

Los estudios realizados sobre la cadena de custodia hasta la fecha actual, tanto a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, nos permiten conocer qué es lo que existe en nuestro país sobre esta cuestión, constituyendo lo que hemos denominado “estado actual de la cuestión”.

Por ello, partiremos del estado actual de la cuestión para desarrollar este trabajo, identificando deficiencias observadas en la legislación, con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia, y que a continuación pasamos a reseñarlas de una forma sistemática, ordenada y resumida, haciendo referencia a las cuestiones planteadas más relevantes.

1. Estado de la cuestión a nivel legislativo

A) Derecho español

A nivel legislativo el estado de la cuestión sobre la cadena de custodia en España hasta la fecha actual es el que resumimos y expresamos a continuación, para lo que utilizaremos el criterio normativo cronológico siguiente:

a) En primer lugar, el Real Decreto, de 14 septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley Enjuiciamiento Criminal (LECRIM).

La LECRIM recoge de una forma genérica y vaga el tratamiento de aseguramiento, conservación, manipulación, traslado y entrega de las pruebas a la autoridad judicial, teniendo que recurrirse a interpretaciones doctrinales, jurisprudenciales y protocolos de actuación no normativos, de cómo deben actuar los Jueces, Policía Judicial y Médicos Forenses para que las piezas de convicción y muestras extraídas en los escenarios del crimen o en el curso de una investigación judicial, se realicen con todas las garantías, evitando ser declaradas como pruebas inválidas por quebrantamiento de la cadena de custodia.

Los preceptos normativos de la LECRIM sobre tratamiento y conservación de las piezas de convicción no regulan de una forma específica cómo deben de llevarse a cabo estas actividades, concretamente las de seguimiento, identificación, custodia, precintado, sellado, embalaje, análisis, depósito o destrucción, generando cierta inseguridad jurídica, teniendo que recurrirse a instrucciones, manuales, protocolos y guías de procedimiento de actuación no normativos como los del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF), Policía Judicial, Medicina Legal y Laboratorios homologados entre otros organismos públicos y privados.

Pasamos a continuación a resumir las limitaciones normativas que la LECRIM actual ofrece para las operaciones de conservación y cadena de custodia de las muestras:

El art. 363 prevé la obtención de muestras biológicas de ADN del sospechoso, ordenando su análisis únicamente en casos absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial.

El art. 326.3º ordena a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad, y el art. 770.3ª establece que la Policía Judicial recogerá y custodiará los instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición judicial. Sin embargo estos preceptos no expresan específicamente en qué consistirán tales medidas o prevenciones en la custodia de las muestras, remitiéndose a lo establecido para la Policía Judicial en el art. 282, cuyo precepto es reiterativo de los anteriores, al expresar que la Policía Judicial recogerá todos los efectos, instrumentos y pruebas del delito cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición del Juez, sin expresar más medidas de custodia.

El art. 335 ordena al Juez recoger el cuerpo del delito y al Abogado de Justicia, extender diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encuentren, sin detallar más especificidades sobre su recogida y aseguramiento.

El art. 338 previene que los instrumentos, armas y efectos del cuerpo del delito, se recojan de forma que se garantice su integridad, mandando que se retengan, conserven y envíen al organismo adecuado para su depósito, sin precisar la forma de llevarse a efecto estos mandatos legislativos.

El art. 479 dispone que los peritos deban conservar los objetos que analicen a disposición judicial, para que, en caso necesario, pueda hacerse nuevo análisis, no estableciendo ninguna medida para garantizar la custodia de los objetos durante la conservación de los mismos.

El art. 778.3 prevé que el médico forense u otro perito analice muestras o vestigios para facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las

diligencias su remisión al laboratorio, quien enviará el resultado al Juez, también prevé lo mismo el art. 796.1.6ª para el INTCF sobre el análisis de sustancias aprehendidas por la Policía Judicial, sin consignar estos preceptos prevención alguna sobre manipulación ni cadena de custodia de las muestras.

Tan sólo el art. 796. 1. 7ª. 2 desde 2010⁹, reconoce la cadena de custodia de las muestras, al prever para delitos contra la seguridad vial que la saliva facilitada por los conductores que presenten síntomas de haber consumido drogas tóxicas en la conducción, será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia, siendo el personal sanitario quienes envíen los resultados al Juzgado. Este precepto aunque no regula cómo debe de garantizarse la cadena de custodia, su procedimiento goza de mayores garantías y coberturas legales al existir una ley específica que lo ampara como es la Ley de Seguridad Vial¹⁰, así como de Instrucciones específicas de la Dirección General de Tráfico (DGT) e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) sobre la cadena de custodia.

Del insuficiente y dispar desarrollo normativo que nuestra LECRIM da al aseguramiento y conservación de las pruebas, surgen cuestiones o críticas, que deben ser resueltas en beneficio de toda la sociedad, evitando situaciones inadmisibles, como la desaparición o contaminación de vestigios de un delito por omisiones o errores policiales¹¹.

Expresadas las deficiencias y escasa regulación que la LECRIM observa sobre el control-garantía o cadena de custodia de las pruebas, es por lo que estimamos que la misma debería remitirse a un desarrollo reglamentario específico sobre la recogida, conservación y cadena de custodia de los vestigios,

⁹ La Disposición 7ª del art. 796.1 LECRIM, fue redactada por la LO 5/2010 de modificación del Código Penal (LO 10/1995 de 23 de noviembre).

¹⁰ Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

¹¹ Caso de los trenes objeto de los atentados del 11-M en Madrid en el 2004. Caso del asesinato de los niños de Córdoba en 2012. Caso asesinato de la niña Asunta en Coruña en el año 2013.

en similar analogía al procedimiento seguido para traslado de muestras al INTCF en la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, sobre preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF.

b) En segundo término el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, de creación de depósitos judiciales.

El RD 2783/1976, por el que se dispone la creación de depósitos judiciales únicos con el fin de conservar de modo unificado las piezas de convicción, regula escuetamente el destino de las piezas de convicción intervenidas por los Jueces de Instrucción. Esta norma no aporta requisito alguno de cómo deben conservarse ni tratarse estos vestigios a través de la cadena de custodia, desde que se recogen hasta que se depositan, limitándose a reconocer la posibilidad de ser custodiadas en depósitos judiciales, a disposición de particulares o como determinen los reglamentos. Reglamentos específicos¹² que para el depósito de armas sólo recoge que se depositarán en la Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil cuando los Juzgados y Tribunales no pudieran custodiarlas en sus locales con las debidas garantías de seguridad, donde permanecerán a disposición de éstos hasta que surtan sus efectos en los correspondientes procedimientos (art. 166.4 del RD 137/1993, Reglamento de Armas).

Además, este RD 2783/1976 ignora el destino de otro tipo de efectos que puedan tener relación con el delito (art. 334 LECRIM), como manchas de sangre en armas y restos orgánicos adheridos a ropas u otros objetos, sin bien el art. 338 in fine de la LECRIM modificado en el año 2009¹³ previene que se envíe al organismo adecuado para su depósito.

¹² RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas y por RD 130/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos.

¹³ Art. 338 LECRIM redactado por el ap. 40 del art. 2 Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Tampoco aporta novedad alguna a este respecto la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1983, sobre depósitos judiciales para la conservación de piezas de convicción, en el desarrollo del RD 2783/1976 de Depósitos Judiciales.

c) Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos Policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

La LO 10/2007, respecto de asegurar el traslado, conservación y custodia de datos identificativos obtenidos a partir del ADN, solamente prescribe que dichas operaciones se efectuarán por la Policía Judicial adoptándose para ello todas las garantías legales (art. 6), sin entrar a reseñar en qué consistirán ni como se realizarán estas operaciones de conservación y custodia, así como tampoco remite esta norma a un desarrollo reglamentario sobre su custodia.

d) El Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la Composición y Funciones de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN.

El RD 1977/2008, regula la composición y funciones de la CNUFADN, creado por mandato de la disposición adicional tercera de la LECRIM¹⁴, da un gran paso sobre la necesaria regulación de la cadena de custodia de pruebas de ADN, al encomendar a la CNUFADN la elaboración de protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, acreditación de los laboratorios que han de realizar los análisis y determinación de las condiciones de seguridad en su custodia, de conformidad con lo establecido en las leyes (art. 3).

La CNUFADN no ha aprobado un Acuerdo específico sobre la cadena de custodia. Sin embargo con el fin de garantizar medidas de preservación y mantenimiento de la cadena de custodia para asegurar la integridad y autenticidad de las muestras, ha identificado diversos manuales o guías a los que se remite y

¹⁴ D. A. 3ª LECRIM fue introducida por el nº 4 de la D.F. 1ª de la LO15/2003, de 25 de noviembre, por lo que se modifica LO 10/1995, de 23 noviembre del Código Penal.

recomienda a la hora de su manipulación, en los cuales se incluyen impresos y documentos a confeccionar sobre la cadena de custodia, como las Recomendaciones de la Sociedad Internacional de Genética Forense Grupo Español-Portugués (GEP-ISFG 2 de junio 2000) para la recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética; Protocolo Nacional Médico Forense y Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples, regulado por RD 32/2009; Orden de JUS/1291/2010 de 13 de mayo de Remisión de Muestras para Análisis al INTCF; y Recomendación sobre estudios de identificación genética en casos adopción irregular y sustracción de recién nacidos, aprobado por Acuerdo del pleno de la CNUFADN el 16 de mayo de 2012, entre otros protocolos.

e) Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, sobre Protocolo Nacional de actuación Médico-Forense y Policía Científica en sucesos con Víctimas Múltiples.

El RD 32/2009, sobre Protocolo Nacional de actuación Médico-Forense y Policía Científica en sucesos con Víctimas Múltiples, en su Anexo VII.1 establece recomendaciones sobre recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética en sucesos con víctimas múltiples, procedimiento de identificación, recogida de muestras para análisis de ADN, impresos a cumplimentar, medidas de preservación de muestras y sobre cadena de custodia. Sin embargo este procedimiento que no tiene un carácter general, puede complementar o mejorar otros procedimientos existentes sobre muestras halladas en el curso de una investigación criminal o incluso en procedimientos civiles.

Este RD 32/2009 además de aprobar el protocolo de actuación, creó mediante su disposición adicional segunda la Comisión Técnica Nacional para Sucesos con Víctimas Múltiples dependiente del Ministerio de Justicia, que entre otras funciones figura la de proponer la modificación de los protocolos técnicos médico-forense y de policía científica, en caso necesario. Esta Comisión en el año 2011 creó una Guía para Identificación de Víctimas a partir de la recogida de efectos personales y muestras de ADN, pero sin trascendencia relevante para el

procedimiento de cadena de custodia de las muestras. Tampoco la Guía Internacional de Identificación de Víctimas de Catástrofes de 2009¹⁵ aporta procedimiento alguno sobre cadena de custodia de las pruebas de ADN, independientemente de algunas recomendaciones sobre los análisis de ADN a víctimas y familiares.

f) Orden JUS/1291/2010 de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la Preparación y Remisión de Muestras Objeto de Análisis al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF).

La Orden JUS/1291/2010, de normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis al INTCF¹⁶, constituye a la fecha actual el protocolo más completo sobre recogida, preparación y envío de muestras para su análisis al INTCF, asegurando el mantenimiento de la cadena de custodia. Sin embargo, su ámbito de aplicación se reduce a las muestras que son trasladadas para ser analizadas por el INTCF.

Sin embargo dicha orden debe ser mejorada y complementada con otras normas y manuales específicos como los de la Policía Judicial, hasta alcanzarse una norma general sobre cadena de custodia.

g) Protocolos de Policía Judicial sobre práctica de diligencias.

Aun cuando no son normas, creemos adecuado poner de relieve la existencia de un protocolo de Policía Judicial con vinculación general para todos los Cuerpos de Seguridad, denominado "Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial", aprobado el 4 de febrero de 1999 por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, dependiente del

¹⁵ El primer Manual sobre Identificación de Víctimas de Catástrofes fue publicado por INTERPOL (Organización Internacional de Policía Criminal) en 1984, cuya Comisión en 2009 editó la Guía de Identificación de Víctimas de Catástrofes, vigente actualmente.

¹⁶ Dicha Orden ha sido actualizada de la anterior Orden del Ministerio de Justicia de fecha 8 de noviembre de 1996 por la que se aprobaron normas para la preparación y remisión de las muestras objeto de análisis por el INTCF, por motivo de los avances operados en las ciencias forenses en los últimos años.

Ministerio del Interior, de conformidad con el artículo 36 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, el cual dedica dentro del Título “Criterios para la práctica de diligencias por la policía judicial”, un apartado (15) sobre recogida de efectos y cadena de custodia. En donde se desarrolla un conjunto de medidas y requisitos técnicos sobre modo de proceder para la mejor recogida de efectos, de conformidad con este manual y con la legislación vigente, estableciendo el contenido que debe obrar en el documento de cadena de custodia entre otras prevenciones.

De forma más específica el Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, actualizado el 31-05-11 por la Jefatura de Policía Judicial de la Dirección Adjunta Operativa, de conformidad con las leyes que le son de aplicación¹⁷, prevé una serie de prevenciones que serán realizadas por personal de las unidades de Policía Judicial para la recogida de las muestras, confeccionando el documento que garantice la cadena de custodia.

Con fecha 8 de mayo de 2014, dentro del marco legal que otorga el manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, el Servicio de Criminalística estimó conveniente crear una Guía de Procedimiento Técnico¹⁸, por la que se otorgan directrices generales para la gestión de muestras de interés criminalístico, estableciendo las normas básicas de carácter general que debe seguir el personal cualificado desde la recogida de cualquier tipo de indicios y/o muestras, hasta la remisión al Laboratorio de la Guardia Civil que deba proceder a su estudio. Si bien estas aportan un proceder específico para sus miembros, no mejoran las desarrolladas por la Orden JUS/1291/2010, ni prevén procedimiento alguno sobre la cadena de custodia, remitiéndose a manuales generales de Policía Judicial.

¹⁷ LOFCS 2/1986, RD 769/1987 de la Policía Judicial, RD 1181/2008 de modificación estructura orgánica del Ministerio del Interior y OMP de 29/10/01 de estructura orgánica de los servicios centrales de la DGGC.

¹⁸ SECRIM-41 (GPT-UA-01) de 8 de mayo de 2014, sobre Directrices Generales para la gestión de indicios/muestras de interés criminalístico.

h) Aun cuando no fueron aprobados finalmente, queremos resaltar los dos anteproyectos de Ley para un nuevo Proceso Penal de 2011 y de 2013 (CPP 2011 y CPP 2013).

El Anteproyecto de Ley de nuevo Proceso Penal de 2011, regulaba expresamente la cadena de custodia en un escueto capítulo dedicado exclusivamente a ésta¹⁹. En este capítulo se reconocía una serie de actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba, debiendo realizar éstas en la forma prevenida en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables (art. 357.1 CPP 2011). Sin embargo el procedimiento de conservación y custodia de las muestras, así como la obligación de documentar todas las operaciones realizadas por personas e instituciones intervinientes, lo remitía a la reglamentación que se estableciera al efecto (art. 359 CPP 2011).

Este borrador de 2011 reconocía el quebranto de la cadena de custodia, la autenticidad de la fuente de prueba al respetarse el procedimiento de gestión y custodia e incluso la impugnación en el trámite de admisión de prueba por incumplimiento de éste (art. 360 CPP 2011). También preveía un capítulo²⁰ sobre las investigaciones mediante marcadores de ADN, en el cual establecía la recogida de muestras del lugar del delito por la Policía Judicial de oficio o por orden del Ministerio Fiscal al Médico Forense o a otros expertos cualificados en la recogida de material biológico, estableciendo previsiones para asegurar que en la obtención de las muestras, se tomaron las medidas necesarias para que su recogida, custodia y examen se realice en condiciones que garanticen la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba y cadena de custodia (art. 262 CPP 2011). Dentro de las actividades de investigación de la Policía Judicial relativo a los análisis de muestras, este borrador reconocía el auxilio de

¹⁹ La cadena de custodia, Capítulo II del Título V del Libro II del Anteproyecto de Ley para un nuevo Proceso Penal editado por el Ministerio de Justicia 2011 (arts. 357 al 360).

²⁰ Las investigaciones mediante marcadores de ADN, Capítulo V del Título I del Libro III del Anteproyecto de Ley para un nuevo Proceso Penal editado por el Ministerio de Justicia (arts. 262 al 267).

especialistas privados en defecto de facultativos de las administraciones públicas, debiendo entregar el informe o dictamen pericial con la mayor diligencia posible (art. 447 CPP 2011).

i) Anteproyecto de Ley Procesal Penal de 2013 (CPP 2013).

El anteproyecto de ley procesal penal de 2013 o Código Procesal Penal²¹, no dedica explícitamente ningún capítulo a la cadena de custodia, como sí lo hacía el borrador anterior de 2011.

Respecto a las actuaciones de la Policía Judicial, este CPP de 2013 solamente incluye actividades de aseguramiento de los instrumentos, efectos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición del Ministerio Fiscal, relacionando en el atestado que instruyan los instrumentos, efectos, fuentes de prueba recogidos y las salvaguardas adoptadas para asegurar la integridad de la cadena de custodia (arts. 79.1 y 84.1 CPP 2013).

Con carácter general²² el CPP de 2013, sobre recogida, incautación y aseguramiento de los efectos del delito y aquellos objetos susceptibles de ser utilizados como fuentes de prueba, prevé únicamente que sean recogidos, con adopción de las medidas de aseguramiento necesarias para su conservación, levantándose acta en la que se hará constar su descripción, lugar, tiempo y ocasión en que hubieran sido hallados, pudiendo ser completada con fotografías o imágenes (arts. 356, 344 y 360). También se prevé la conservación de muestras por los peritos para un segundo examen (art. 399).

²¹ El proyecto de Código Procesal Penal 2013 se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria y por circunstancias políticas y económicas no verá la luz en esta legislatura según expertos de la Comisión nombrada por el Consejo de Ministros para elaborar dicho anteproyecto (www.abogacia.es, de 30 de enero de 2014).

²² Arts 356 a 359 CPP 2013, sobre Recogida, Incautación y Aseguramiento de los efectos e instrumentos del delito, se encuentra en el Capítulo XIII del Título II Diligencias de Investigación del Libro II de Disposiciones Generales sobre las Actuaciones Procesales y la Mediación Penal.

El resto de medidas tendentes a asegurar y conservar las muestras, este borrador de CPP 2013, las introduce en las diligencias de investigación del proceso ordinario, incluyéndolas en el Capítulo de Inspecciones e Intervenciones Corporales e Investigaciones Mediante ADN²³, donde el art. 287 CPP 2013 (más simplificado que el art. 262 del borrador de CPP de 2011) previene que las huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, la Policía Judicial, de oficio o en ejecución de las instrucciones generales o particulares que le hubieran sido transmitidas por el Fiscal, adoptará las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad.

En todos los preceptos se reseñan actividades genéricas sobre la cadena de custodia, como son, medidas necesarias de conservación, aseguramiento e integridad de las muestras, sin que este borrador de Código Procesal Penal de 2013 regule específicamente cuales deben ser estas medidas, así como tampoco remite a una posible regulación reglamentaria que los desarrolle.

B) Derecho Comparado

Por último y antes de pasar a ver como se ha manifestado la doctrina respecto a la regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas, debemos exponer la normativa existente en otros países al objeto de comparar y mejorar en un futuro nuestro ordenamiento jurídico sobre esta cuestión:

a) Italia.

²³ Inspecciones e intervenciones corporales e investigaciones mediante el ADN se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo III del Título II del Libro IV del Proceso Ordinario del proyecto de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 287 a 290).

En Italia la referencia a la cadena de custodia es fraccionaria y genérica en la legislación básica²⁴. Así el Código Procesal Penal²⁵ sobre el aseguramiento de las fuentes de prueba, se limita a facultar a la Policía Judicial a la búsqueda de los objetos y rastros pertinentes para su conservación y para la preservación del escenario, así como de las personas que puedan aportar datos relevantes para la reconstrucción de los hechos.

Constituye una regulación genérica, que no aporta un régimen jurídico específico sobre la cadena de custodia de las pruebas, si bien existen normas similares a las españolas sobre obtención y gestión de las pruebas en relación con delitos de seguridad vial²⁶, también sobre su análisis y procedimiento para asegurar los vestigios²⁷.

b) Alemania.

En Alemania tampoco existe una regulación expresa sobre la cadena de custodia, limitándose su Código Procesal Penal²⁸ a exponer unas referencias aisladas sobre recogida, vigilancia, aseguramiento, preservación y garantías de las fuentes de prueba. De este modo, podemos extraer de su articulado los siguientes enunciados relacionados con el aseguramiento de las muestras²⁹:

²⁴ VALMAÑA OCHAITA, S., VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 182.

²⁵ Codice di Procedura Penale (CdPP), art. 348 referido a la Assicurazione delle fonti di prova.

²⁶ Codice Della Strada, D.Lgs. n. 285/1992, arts. 186, 186 bis y 187.

²⁷ Circular del Servicio Jurídico del Cuerpo Administrativo y Jurídico de la Policía Local, nº 16 de 26 de julio de 2012.

²⁸ Strafprozessordnung o StPO vigente desde el 1 de octubre de 1879.

²⁹ VALMAÑA OCHAITA, S., VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 185.

Las muestras de sangre recogidas durante la investigación de un hecho criminal sólo podrán ser tomadas por personal especializado, debiéndose destruir inmediatamente, una vez que ya no resultaren necesarias a dicho fin, y salvo que se cumplieren los requisitos para la inclusión de sus resultados en la Base de Datos Federal (parágrafo 81 a StPO).

Se prohíbe el acceso no autorizado a las muestras por parte de terceros, así como la realización de estudios no autorizados de genética molecular (parágrafo 81 h StPO).

Las fuentes de prueba que deban ser relevantes para el proceso, deberán ser custodiadas o aseguradas de la forma más pertinente (parágrafo 94 StPO).

En las actas de las diligencias de registro deberán precisarse claramente los objetos o muestras tomadas, para evitar confusiones (parágrafo 109 StPO).

La jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán³⁰, señala sobre la cadena de custodia en la intervención de las comunicaciones que los resultados obtenidos no podrán introducirse en el proceso cuando las medidas de vigilancia hubieren desaparecido, negando así su utilización como fuente de prueba.

c) Francia.

En Francia el Código de Procedimiento Penal³¹ establece tímidamente algunas operaciones sobre la cadena de custodia de la prueba, sin embargo no define su concepto, remitiéndose a Circulares específicas³² que regulan la

³⁰ Sentencia LSK 2006, 140612, sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y la cadena de custodia (STR 316/05, de 7 marzo 2006, sobre alcance del parágrafo 100 de la StPO y parágrafo 261 del SGB o Código Penal Alemán).

³¹ Código Procesal Penal francés, modificado por LOI nº 2011-1862 du 13 décembre 2011-art.58.

³² Circular Conjunta de la Directora de Asuntos Penales e Indultos y la Directora de Servicios Judiciales, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la gestión de los sellos (Circulaire conjointe du décembre 2011 relative à la gestion des csellés).

custodia de los sellos judiciales o los que se obtienen en la investigación de un delito, distinguiendo los diferentes momentos en los que las piezas de convicción y los vestigios, en su condición de sellos judiciales, se encuentran bajo la custodia de las diferentes autoridades encargadas de su gestión y conservación hasta su destino final³³.

d) Gran Bretaña.

En Gran Bretaña la regulación de la cadena de custodia también es fraccionaria, teniendo siempre presente la especialidad de la construcción del Derecho Inglés mediante la Common Law, de lo que se desprende una variedad normativa dirigida a proteger los derechos de los individuos³⁴.

Estas normas facultan a la Policía a aprehender cualquier objeto o documento que pudiera tener relación con la comisión de un delito, o que razonablemente considere que sea necesaria tal aprehensión para prevenir su ocultación, pérdida, alteración o destrucción, excluyendo los obtenidos en el curso de tratamientos médicos y en una relación mercantil o profesional que deba calificarse de confidencial³⁵.

También se establecen potestades policiales en cuanto a la obtención de huellas, muestras y otros vestigios en el transcurso de una investigación criminal, incorporando incluso especialidades en relación con la adquisición, conservación y utilización si se trata de vestigios obtenidos en una investigación de un delito

³³ VALMAÑA OCHAITA, S., VALMAÑA OCHAITA, S., "La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 182.

³⁴ VALMAÑA OCHAITA, S., VALMAÑA OCHAITA, S., "La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 187: Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984 (Inglaterra y Gales); Criminal Procedure Act 1995 (Scotland); Criminal Justice Act 2003 (Scotland); Police and Criminal Evidence Order 1989 (North Ireland); Data Protection Act 1998; Human Right Act 1998; Human Tissue Act 2004 y Human Tissue Act 2006 (Scotland).

³⁵ Sección 19 de Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984 (Inglaterra y Gales).

cometido por un menor, contra la libertad sexual o un delito violento, permitiéndose incluso el uso de la fuerza razonable para su obtención³⁶.

e) Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos el marco normativo general sobre la cadena de custodia lo encontramos en el artículo IX de la Federal Rules of Evidence (FRE) de 1975, sobre Autenticación e Identificación de la Prueba, sin embargo la fragmentación jurisdiccional propia de un estado federal no facilita el establecimiento de reglas procesales comunes³⁷.

A este respecto es de esencial importancia el informe de la Academia Nacional de Ciencias (NAS) publicado en *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*³⁸, donde se identifica la importancia de la cadena de custodia de las pruebas al expresar que³⁹ las evidencias de la escena del crimen se mueven a través de una cadena de custodia, en la cual en función de las características físicas de las muestras (como sangre, fibras, manuscritos, etc.), son analizadas de acuerdo con alguno de los diversos protocolos de análisis (agencias, organismos y policía) y los resultados son enviados a los agentes de la ley o a los Tribunales.

³⁶ Secciones 18 a 20 de Criminal Procedure Act 1995 (Scotland).

³⁷ VALMAÑA OCHAITA, S., VALMAÑA OCHAITA, S., "La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 173.

³⁸ *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, ISBN: 0-309-13131-6, 352 pages, (2009). 500 Fifth Street, N.W., Lockbox 285, Washington, DC 20055. También está en pdf en <http://www.nap.edu/catalog/12589.html>.

³⁹ "Crime scene evidence moves through a chain of custody in which, depending on their physical characteristics (e.g., blood, fiber, handwriting), samples are analyzed according to any of a number of analytical protocols, and results are reported to law enforcement and court officials", page 36 of *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*.

Hay que destacar entre otras muchas regulaciones de los Estados Unidos de Norte América⁴⁰, la regulación del Estado de Texas mediante la Texas Evidence Collection Protocol⁴¹ en 1988, dirigido a los diferentes profesionales para identificar, recoger y preservar las pruebas físicas y minimizar el trauma físico y psicológico de las víctimas de un delito sexual, culminando esta regulación con el Texas Government Code Subchapter B. Collection and Preservation of Evidence of Sex Offense⁴² de 1997, que establecía un protocolo general para todo este Estado sobre el procedimiento de recogida, conservación de los vestigios y contenido del kit de recogida de muestras.

Siendo el Estado de Texas el que recoge en su Código Procesal Penal la regulación de la cadena de custodia, concretamente en su artículo 38.42 Texas Criminal Code of Procedures, como *cadena de custodia jurada* (chain of custody affidavit), esto es, cuya verificación se produce por declaración jurada de la persona que recibe la prueba y realizada ante notario, siendo detallado todos los requisitos necesarios para garantizar la mismidad de la evidencia.

Así en dicha declaración jurada debe constar nombre y dirección de la persona que hace el juramento ante notario, ser mayor de 18 años, tener capacidad y conocimiento personal de los hechos que se afirman relativos a la posesión de la evidencia física, su descripción, descripción del contenedor, datos de la persona de quien la recibió o a quien se la entregó, así como las fechas y métodos de recepción y entrega. Además, se incluye la afirmación de que durante el tiempo en que la evidencia física se encontró bajo la custodia del declarante, éste no realizó en ella cambios ni alteraciones excepto las que pudieran derivarse

⁴⁰ VALMAÑA OCHAITA, S., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Op. Cit., pág. 175.

⁴¹ https://www.texasattorneygeneral.gov/files/cvs/evidence_collection.pdf.

⁴² <http://www.statutes.legis.state.tx.us/docs/GV/htm/GV.420.htm>.

de los procedimientos de análisis y que por tanto la evidencia física o la muestra fue entregada en la misma condición en que fue recibida⁴³.

La amplia normativa de los Estados Unidos se ve complementada por la Jurisprudencia, que es la que verdaderamente ha configurado los elementos comunes más significativos sobre la cadena de custodia de las pruebas, como son que quien propone una prueba tiene el deber de acreditar que dicha prueba es exactamente lo que el proponente dice que es.

Por tanto, la forma de acreditar esta autenticidad de la prueba, es mediante el exacto cumplimiento de la cadena de custodia en la obtención, conservación y gestión del vestigio por quien propone la prueba⁴⁴. Sin embargo la inadecuada cadena de custodia no tiene porqué afectar a la admisión de la prueba, como así lo ha declarado la jurisprudencia de Estados Unidos al afirmar que “Hemos rechazado durante mucho tiempo la idea de que las pruebas sólo podrán admitirse si se establece una cadena de custodia adecuada y exclusiva. Los casos de deficiencias comunes en la cadena de custodia afecta al peso de la prueba y no a su admisibilidad”⁴⁵.

Regulación en Hispanoamérica.

La normativa sobre la cadena de custodia en Hispanoamérica es muy elaborada y actualizada, al contrario de lo que ocurre en los países europeos con déficits normativos importantes aunque no protocolarios y sin embargo de realidades más garantistas que los países latinoamericanos con carácter general.

⁴³ VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 177.

⁴⁴ VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 171.

⁴⁵ Caso United States v. Rawlins, 606 F.3d (3d Cir. May 26, 2010) (No.08-2948).

Casi todas las Constituciones políticas de los países latinoamericanos⁴⁶ parten de la conclusión de que la protección de la cadena de custodia forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías⁴⁷, así lo ha entendido alguna autora⁴⁸ al afirmar que la protección de la cadena de custodia forma parte de un derecho a un proceso con todas las garantías y desde esa perspectiva, que entronca con un derecho humano de carácter procesal, reconocido universalmente, debe contemplarse.

De entre 21 países con regulaciones similares respecto a la cadena de custodia de las pruebas, vamos a exponer algunas de sus normas más interesantes desde el punto de vista procesal de control de las pruebas mediante la cadena de custodia:

a) Colombia.

La Constitución Política de 4 junio 1991 de Colombia, señala en su art. 29 que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El Código de Procedimiento Penal, aprobado por Ley 906 de 31 agosto 2004. Atribuye a la Fiscalía General de la Nación “Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, garantizando su cadena de custodia” (art. 114.4).

Sobre el aseguramiento y custodia “Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones reguladas en los

⁴⁶ Convención sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José (Costa Rica), el 7 al 22 noviembre 1969, con 21 países ratificados en el Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁷ El art. 8 del Pacto de San José, dice “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁴⁸ FIGUERO NAVARRO, C., DOLZ LAGO, M. J., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer SL. Madrid 2015 pág. 197.

artículos anteriores (de actividad de la Policía), será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de la cadena de custodia” (art. 216).

“Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos” (art. 254).

En el Capítulo V del Libro III de este Código Procesal Penal (arts 254 a 281) se realiza una detallada regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas dentro de los epígrafes de Técnicas de Indagación, Investigación y Sistema Acusatorio.

El Manual Único de Policía Judicial de Colombia de 13 mayo 2005, aprobado por el Consejo Nacional de Policía Judicial⁴⁹, teniendo dicho Consejo como funciones, entre otras, la de “Asesorar a la Fiscalía General de la Nación en el establecimiento de normas, sistemas, métodos y procedimientos que deberán seguir las distintas entidades con funciones de Policía Judicial para el desarrollo de sus objetivos” (art. 45.3). Este manual dispone de 10 epígrafes, donde el número 6 trata de la cadena de custodia, conceptos, principios y procedimientos de recolección, embalaje, rotulado, preservación, traspaso, traslado y almacenamiento de los elementos materiales probatorios (EMP) y de las evidencias físicas (EF), diferenciando así las muestras de los elementos que las portan o las contienen.

El Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano de 2006, es fuente de información interna tanto para los funcionarios

⁴⁹ El Consejo Nacional de Policía Judicial, está regulado por la Ley 938 de Colombia de 30 diciembre 2004.

de la Fiscalía General de la Nación como para los servidores de Policía Judicial, sometiéndose las EMP y EF al régimen riguroso de la cadena de custodia.

Así mismo el Manual de Procedimiento para Cadena de Custodia de la Fiscalía General de la Nación de 29 diciembre de 2003. Este manual establece de forma completa, detallada y estandarizada los procedimientos a seguir del Sistema de Cadena de Custodia de las EMP y EF desde el lugar de los hechos hasta su disposición final, pasando por el laboratorio autorizado, con la descripción de las acciones de cada responsable en el proceso, recolección, embalaje, rotulado, documentación y almacén de evidencias.

b) Venezuela.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, al igual que la Constitución Política de Colombia, reconoce el derecho al debido proceso, declarando que “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso” (art. 49.1), incluyéndose en ésta la infracción de la cadena de custodia, por ser ésta un elemento del proceso con todas las garantías o debido proceso⁵⁰.

Con este sentido el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, última reforma de 4 de septiembre de 2009, define el concepto y requisitos de la cadena de custodia de las evidencias (art. 202 A), debiendo cumplirse progresivamente con los pasos de protección, fijación, colección, embalaje, rotulado, etiquetado, preservación y traslado de las evidencias a las respectivas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y ciencias forenses, u órganos jurisdiccionales. Estos pasos deberán plasmarse en el documento denominado “plantilla de registro de evidencias físicas” y su procedimiento deberá estar regulado en un Manual Único sobre cadena de custodia de evidencias físicas.

Este Código dispone también que para las muestras de origen biológico susceptibles de degradación, toxicidad, contaminación y nocividad para la salud

⁵⁰ FIGUEROA NAVARRO, C. y DOLZ LAGO, M. J., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer SL. Madrid 2015 pág. 205.

deben ser desechadas previa autorización judicial, a requerimiento del representante del Ministerio Público a cargo del caso, tomando las previsiones necesarias para dejar muestras resguardadas para futuros análisis (art 202 B).

Cabe además en cuanto el Manual Único de Procedimientos en Materia de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas de Venezuela 2012⁵¹. Este amplio manual sobre la cadena de custodia cuenta con 397 páginas y 6 capítulos sobre uso del manual, trabajo de campo, laboratorio, resguardo de evidencias, glosario de términos y plantilla de la cadena de custodia como instrumento o documento básico del proceso. De forma general busca garantizar la integridad de las evidencias y está destinado a ser aplicado por todas las instituciones policiales de este país.

Su alcance normativo queda resumido en la propia definición de cadena de custodia de las pruebas, como “Mecanismo que contiene los procedimientos empleados en la inspección técnica del sitio del suceso y del cadáver, debiendo cumplirse progresivamente con los siguientes pasos: protección, filiación, colección, embalaje, rotulación, etiquetado, preservación y traslado de las evidencias digitales o físicas a las respectivas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas o ciencias forenses u órganos jurisdiccionales”.

Además identifica la cadena de custodia con la “garantía legal que permite el manejo idóneo de las evidencias, con el objeto de evitar su modificación, alteración o contaminación desde su hallazgo hasta su consignación de los resultados a la autoridad competente, culminando el proceso”.

c) México.

⁵¹ “Manual Único de Procedimientos en Materia de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas”, de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado en Resolución Conjunta N° 278 del Ministerio del Poder Popular para relaciones interiores y justicia y N° 1563 del Ministerio Público (Gaceta Oficial N° 39.784 del 24 de octubre de 2011).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917⁵², en clara sintonía con nuestro ordenamiento jurídico, señala que el proceso penal será acusatorio y oral, rigiéndose por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, declarando nula la prueba obtenida violando los derechos fundamentales (art. 20).

Como el resto de los países latinoamericanos⁵³, la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público (art. 21), que fue reformado para recoger este extremo.

El Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014⁵⁴, dedica los arts. 226 y siguientes a cuestiones relativas a la cadena de custodia y aseguramiento de bienes, instrumentos, objetos o productos del delito, dentro de las técnicas de investigación previstas en el Capítulo II del Título III de las Etapas del Procedimiento Penal Ordinario mexicano, definiendo el concepto de cadena de custodia, responsables, reglas de aseguramiento, facultades que se les confiere al Ministerio Público y a las Policías sobre su aseguramiento y cadena de custodia.

El Protocolo de cadena de custodia de 2012, elaborado por el Gobierno Mexicano define ésta, bajo principios de mismidad, autenticidad de prueba e integridad de la misma.

También contempla este Protocolo los principios por los que debe regirse la cadena de custodia, estando destinado a cualquier persona que participe en este proceso, especialmente Fiscales, Policías y Peritos que serán responsables de su control.

⁵² Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación Mexicana de 5 de febrero de 1917, cuya última reforma se publicó en el DOF el 26 de febrero de 2013.

⁵³ FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer SL. Madrid 2015 pág. 209.

⁵⁴ Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

Este procedimiento prevé el registro de todas las actuaciones en un formulario indicando fecha, hora, nombre y firma de quien entrega y recibe el elemento de prueba, además todas las evidencias e indicios deberá portarse debidamente embaladas, rotuladas y selladas.

El protocolo se estructura en 15 apartados que van desde la recepción de la noticia del lugar de los hechos hasta el destino final de la evidencia tras su presentación en juicio. Además contiene un diagrama, glosario y modelo de escritos o formatos⁵⁵.

d) Perú.

El Código Procesal Penal de 2004⁵⁶, vigente desde el 1 de julio de 2006⁵⁷. Con anterioridad a éste no existía en Perú regulación alguna sobre la cadena de custodia de las evidencias, solamente se marcaban pautas sobre ésta en reglamentos de procedimientos policiales⁵⁸.

Este Código regula aspectos genéricos de la cadena de custodia dentro del proceso (arts. 254 a 266, 277, 281, 426 y 427), sin embargo su regulación más amplia se encomienda a la Fiscalía de la Nación (arts. 220.5 y 318 CPP), la cual desarrollaría un Reglamento a este respecto en 2006.

⁵⁵ DOLZ LAGO, M. J., "La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 215.

⁵⁶ El nuevo Código Procesal Penal de Perú (Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004).

⁵⁷ Ley 28671 de 31 de enero de 2006, Modificando la entrada en vigencia del Código Procesal Penal y dicta normas complementarias para el Proceso de Implementación del Nuevo Código.

⁵⁸ CANO SUAREZ, B. G., "La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 224.

El Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados⁵⁹, establece una amplia regulación sobre la cadena de custodia de los elementos materiales y de las evidencias incorporadas en la investigación de un hecho punible (art. 1). Estableciendo esta norma, el concepto de cadena de custodia, principios por los que debe regirse, fases del procedimiento, responsables de la custodia, depósito y destino final de las evidencias y bienes incautados, mediante cinco capítulos y 56 artículos.

Destacando en su articulado la alusión que hace a la finalidad de este procedimiento, que es el garantizar la autenticidad de los elementos de prueba, mediante la seguridad y preservación de los mismos, como así lo expresa en la definición de cadena de custodia en el art. 7 de este Reglamento⁶⁰.

2. Estado de la cuestión a nivel doctrinal

A nivel doctrinal el estado de la cuestión hasta la fecha actual es el siguiente:

Desde la promulgación de la LECRIM debido a la escasa y deficiente regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas en general y especialmente en las pruebas de ADN, muchos profesionales del derecho han reconocido la importancia probatoria de garantizar o controlar el recorrido que realizan las evidencias desde que son recogidas hasta se ponen a disposición de la autoridad judicial o incluso con posterioridad a ésta para supuestos de realización de

⁵⁹ Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados Aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN de 15 de junio de 2006.

⁶⁰ Art. 7 Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Concepto, "Procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso".

contrapericia. Desarrollando así sus propias conclusiones sobre lo que debe entenderse por cadena de custodia, requisitos que deben cumplir para ser legales y eficaces, así como realizando críticas a la legislación vigente, a la vez que materializan propuestas normativas al respecto, las cuales serán tomadas en consideración en esta tesis.

Por este motivo debemos de sintetizar las líneas doctrinales existentes, agrupando los principales temas tratados por la doctrina sobre la cadena de custodia de las pruebas en general y sobre las pruebas de ADN en particular:

A) Necesidad de una regulación sobre cadena de custodia

Son muchas las voces que a nivel doctrinal mantienen la necesidad de una regulación armónica y sistemática sobre la recogida, custodia y análisis de las piezas de convicción⁶¹.

También se echa de menos una normativa clara que regule la cadena de custodia, a la vez que establezca unas cautelas o prevenciones sobre la misma⁶².

B) Requisitos que debe cumplir la cadena de custodia

Existen autores que han establecido los criterios que debe cumplir la cadena de custodia desde el punto de vista forense, indicando las personas que en cada fase deben intervenir, cometidos que deben desempeñar, actuaciones que deben diligenciarse, forma de los documentos, clases de precintos, lugares de depósito, y necesidad de que en el análisis pericial se valore también la corrección de la cadena de custodia⁶³.

⁶¹ EIRANOVA ENCINAS, E., "La Cadena de Custodia y Prueba de Cargo", Diario La Ley, Nº 6863, Sección Doctrina, 17 Ene. 2008, Año XXIX, Ref. D-13, Editorial LA LEY.

⁶² FÁBREGA RUÍZ, C.F., "Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la huella genética y su valoración judicial", Diario La Ley 1999.

⁶³ EIRANOVA ENCINAS, E., "La Cadena de Custodia y Prueba de Cargo", Diario La Ley, Nº 6863, Sección Doctrina, 17 Ene. 2008, Año XXIX, Ref. D-13, Editorial LA LEY.

Algunas pruebas garantizadas por la cadena de custodia, como la prueba informática y electrónicas requieren ser obtenidas por la policía en diligencias de entrada y registro bajo el máximo respeto a los derechos fundamentales⁶⁴.

Para la búsqueda organizada de indicios se deben de adoptar todas las medidas necesarias para evitar su desaparición, destrucción o contaminación, documentando todas las actuaciones de recogida, identificación y guarda o remisión para su análisis garantizando así la cadena de custodia⁶⁵.

C) Corrección e integridad de la cadena de custodia

Es imprescindible garantizar la corrección de la cadena de custodia para que los objetos, huellas o vestigios que se encuentren en la escena de crimen, una vez remitidos a los laboratorios científicos se conviertan en evidencias, las cuales accederán al juicio oral mediante informe pericial, pudiendo alcanzar entonces el valor de pruebas de cargo⁶⁶.

Algunos reconocen que uno de los problemas que se plantea en la obtención de algunas de las fuentes de prueba para la lucha contra el crimen organizado, es mantener la integridad de la cadena de custodia⁶⁷.

⁶⁴ MAGRO SERVET, V., "Las intervenciones electrónicas e informáticas por los agentes de la autoridad. Medidas restrictivas de derechos fundamentales en estos supuestos". La ley nº 84. Julio 2011.

⁶⁵ ALONSO PÉREZ, F., "Medios de investigación en el proceso penal", ed. Dykinson, Madrid 1999 pp. 54-55, donde cita a ORELLANA TORAL, J., La inspección técnico-policia, Internacional Police Association, nº 2, abril-junio 1997, pág. 56.

⁶⁶ FIGUEROA NAVARRO, C., "El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia" La Ley Penal 2011, núm 84; "Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN" La Ley Penal 2008, núm 54; "Los análisis de ADN en la LECRIM", La Ley Penal nº 4, 2004; "Policía Científica: 100 años de ciencia al servicio de la Justicia". Madrid 2011.

⁶⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., "La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal", Diario La Ley, Nº 8213, 17 de Diciembre de 2013, y "La cadena de custodia", Revista de Derecho Penal, número 38 (1/2013).

Otros argumentan en sus trabajos la necesaria y fundamental labor del Abogado de la Administración de Justicia como fedatario público para mantener una correcta cadena de custodia que garantice que la muestra recogida, enviada y analizada es la que debía ser, debiendo la cadena de custodia quedar reflejada, sin dudas y sin interrupciones en la documentación sumarial⁶⁸.

También el Juez debe ejercer control sobre la cadena de custodia, al analizar éste diversas diligencias de investigación, concretamente la inspección ocular, el levantamiento del cadáver y la reconstrucción de los hechos, decisiones encomendadas por la LECRIM entre las que se encuentran el controlar la cadena de custodia de los instrumentos y efectos intervenidos, matizando que una de las primeras diligencias que debe practicar el Juez es la de “consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente...” (Art. 13 LECRIM)⁶⁹.

D) Concepto de cadena de custodia

Algunos definen la cadena de custodia como un procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las precauciones que se han tomado, no es posible el error o la contaminación y así, es posible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba⁷⁰.

⁶⁸ FÁBREGA RUÍZ, C.F., “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la huella genética y su valoración judicial”, Diario La Ley 1999.

⁶⁹ MARCA MATUTE, J., “Inspección ocular, levantamiento de cadáveres y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente de prueba”, 2008. Profesor Ordinario de la Escuela Judicial del CGPJ.

⁷⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal”, Diario La Ley, Nº 8213, 17 de Diciembre de 2013, y “La cadena de custodia”, Revista de Derecho Penal, número 38 (1/2013).

Es el conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el fin de; a) Evitar la alteración y/o destrucción de los indicios materiales al momento o después de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense o presentado en el juicio, es lo mismo que lo recabado o decomisado en el propio escenario del delito o en otro lugar relacionado con el hecho⁷¹.

También como conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal, que tienen por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba⁷².

En el plano práctico y académico estadounidense la cadena de custodia se define como proceso para documentar, recolectar y proteger las evidencias, donde la creación y el mantenimiento de la cadena de custodia conlleva que se guarden en un registro detallado dónde se encontró la evidencia y se registre cualquier cosa que suceda a la evidencia antes del juicio⁷³.

E) Inexacta e insuficiente regulación de la cadena de custodia en la LECRIM

La LECRIM es imprecisa y deficiente debido a las múltiples modificaciones de esta ley, que han conducido a un sistema en el que se entremezclan las competencias del Juez y de la Policía Judicial de un modo difícil de entender y mucho más de gestionar en el día a día de la investigación

⁷¹ CAMPOS CALDERÓN, J. F., "Cadena de Custodia de la Prueba", Campos Calderón, F. (2002). Editorial Continental, San José, Costa Rica.

⁷² RICHARD GONZÁLEZ, M., "La cadena de custodia en el proceso penal español", Diario La Ley Nº 8187, 8 Nov. 2013.

⁷³ LEINTZ RACHEL, "What is the Chain of Custody? - Definition, Procedures & Importance", Chapter 11, Lesson 25. Study.com. <http://study.com/academy/lesson/what-is-the-chain-of-custody-definition-procedures-importance>.

criminal. Tampoco los borradores de la nueva ley Procesal Penal o Código Procesal Penal (CPP) de 2011 y 2013 han resuelto estas deficiencias⁷⁴.

La legislación procesal española sólo contiene referencias indirectas a la cadena de custodia, dando por supuesta su existencia y finalidad, pero sin especificar sus rasgos esenciales, requisitos, y lo que es más importante desde nuestro punto de vista, la incidencia que en el proceso pudiera tener los casos en que se acreditase que los vestigios del delito hubieran quedado fuera de protección, con riesgo de deterioro, desaparición o alteración⁷⁵.

Hay quien realiza un análisis crítico sobre la cadena de custodia, basándose en la jurisprudencia debido a la falta de regulación de la LECRIM, salvo algunas ligeras referencias, generando inseguridad jurídica. Además propone un proceso de elaboración propia con fundamento en las normas de procedimiento y en los protocolos del Cuerpo Nacional de Policía relativos a la recogida de vestigios y cadena de custodia⁷⁶.

F) Quiebra de la cadena de custodia

Existe en la doctrina numerosos autores que han estudiado las consecuencias jurídicas de la quiebra de la cadena de custodia⁷⁷, así como las consecuencias de la infracción, rotura o irregularidades de la cadena de custodia de las pruebas, provocando su invalidez o inadmisibilidad⁷⁸.

⁷⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M., "La cadena de custodia en el proceso penal español", Diario La Ley Nº 8187, 8 Nov. 2013.

⁷⁵ LADRÓN TABUENCA, P., "La regulación de la cadena de custodia en España", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 27.

⁷⁶ DEL POZO PÉREZ, M., "Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal", Revista General de Derecho Público Comparado, nº 10, Enero 2012.

⁷⁷ DEL POZO PÉREZ, M., "Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal", Revista General de Derecho Público Comparado, nº 10, Enero 2012.

⁷⁸ RICHARD GONZÁLEZ, M., "La cadena de custodia en el proceso penal español", Diario La Ley Nº 8187, 8 Nov. 2013.

Hay que tener presente que la mera irregularidad en la cadena de custodia no implica necesariamente que la prueba practicada sea nula, si el bien objeto de análisis o exhibición es el mismo o no se demuestre que el bien es distinto. Basándose en tal razonamiento la STS 1349/2009, de 29 diciembre, entiende que la mera irregularidad “no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno”, así como “el retraso en la entrega y análisis de la droga no supone, por sí, rotura de la cadena de custodia”⁷⁹.

G) Cadena de custodia en las pruebas de ADN

A nivel cadena de custodia de las pruebas de ADN existen autores que han estudiado específicamente ésta, y de la que hemos extraído resumidamente algunos enunciados de interés que nos orientarán sobre el estado actual de la cuestión como son:

En este sentido, se ha señalado⁸⁰ que la ausencia de una legislación específica sobre las pruebas de ADN y sobre la cadena de custodia provoca inseguridad jurídica y cuestiones polémicas por la falta de regulación de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, se ha indicado que la LECRIM aún no se ha adaptado al actual panorama procesal, propiciado por el vertiginoso avance científico y tecnológico, que se acentúa en algunas fases de la cadena de custodia como la obtención y análisis de las muestras biológicas de ADN, sobre las que la doctrina destaca la importancia de que se garantice la incolumidad de la cadena de custodia, referida al aseguramiento, identidad, conservación y custodia de las muestras⁸¹.

⁷⁹ LACUEVA BERTOLACCI, R., “La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal”, Diario La Ley nº 8071, 2013.

⁸⁰ DEL POZO PÉREZ, M., “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, Revista General de Derecho Procesal, nº 30, Mayo 2013.

⁸¹ ROMERO CASABONA, C. M., “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español”. Estudios de Derecho Judicial, nº 58, 2004, págs. 87 y ss.

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, tampoco es muy rigurosa a la hora de garantizar la imparcialidad de la cadena de custodia, la posibilidad de la defensa de contradecir los análisis de los laboratorios acreditados o la exigencia de que las muestras o vestigios biológicos sean custodiados como mínimo hasta el momento de práctica del juicio oral a fin de que la defensa pueda contraproponer sobre ellos otros informes periciales, pues el resultado de dicha identificación no convierte a la prueba en documento público, examinable de oficio por el Tribunal, sino que nos encontramos ante una prueba pericial que puede ser sometida a contradicción por la defensa (STS 1007/2007, de 23 de noviembre)⁸².

La cadena de custodia de las muestras de ADN se define como un procedimiento para mantener y documentar la recogida de muestras hasta su devolución, destrucción o conservación, establecido de conformidad con diversa normativa aplicable al envasado y transporte más adecuado para garantizar la integridad y autenticidad de las muestras hasta ser sometidas a juicio de un Tribunal⁸³.

Se ha establecido que la cadena de custodia de las muestras de ADN tiene dos objetivos primordiales: por un lado evitar la suplantación negligente o dolosa de la prueba y por otra evitar una contaminación ya no sólo en la recogida sino también en el envío⁸⁴.

La recogida de las muestras o indicios de ADN en el lugar de los hechos o sobre la víctima debe llevarse a efecto con todas las garantías de autenticidad,

⁸² GIMENO SENDRA, J. V., "La Prueba Preconstituida de la Policía Judicial", Revista Catalana de Seguretat Pública, Mayo 2010.

⁸³ FERNÁNDEZ DE SIMÓN L. y ALONSO A., "Estándares de toma de muestras con intervención corporal para estudios en genética forense". Boletín Galego de Medicina Legal e Forense nº 20. Enero 2014. pág. 13.

⁸⁴ GUILLÉN VÁZQUEZ, M., Tesis Doctoral "La Prueba del ADN ante los tribunales: especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal", Universidad Santiago de Compostela 2003.

integridad y fiabilidad, la legislación española carece de un *protocolo de actuación* que asegure la cadena de custodia (lo que por la jurisprudencia ha venido a llamar la “mismidad de la cosa”). Además añade que el personal especializado y encargado de su recogida (Policía Judicial o Médicos Forenses), bajo el control del Juez de Instrucción competente, debe garantizar plenamente la llamada “cadena de custodia de la muestra”, para evitar posibles contaminaciones y, con ello, evitar que la licitud de la prueba quede en entredicho⁸⁵.

La contaminación biológica humana en los análisis de ADN afecta a la cadena de custodia. Así la preservación del indicio biológico de la contaminación de ADN exógeno desde su recogida y durante el análisis en el laboratorio cobra una vital importancia, donde los laboratorios forenses se ven obligados, a desarrollar medidas para evitar la contaminación y a realizar controles negativos para monitorizar la posible influencia de la contaminación durante el análisis de cada muestra pericial⁸⁶.

La fiabilidad de los análisis de ADN al objeto de la identificación de personas se puede cuestionar, debido a que la aplicación de estas técnicas de identificación pueden ser defectuosas, bien porque el método no se ha aplicado correctamente, bien porque el objeto sobre el que ha de recaer el análisis (vestigios biológicos) no lo permite debido a múltiples circunstancias, como: mal estado de conservación de la muestra, insuficiencia de la misma, contaminación, etc, que se traducen en deficiencias en la cadena de custodia, incluyendo como partes de ésta las tareas de recogida y envío de muestras al laboratorio⁸⁷.

⁸⁵ ALVAREZ DE NEYRA KAPLER, S., “El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 34/2011. “La prueba de ADN en el proceso penal”, Comares. Granada 2008. “La prueba por marcadores de ADN”, Universidad Autónoma de Madrid, 2008.

⁸⁶ ALONSO ALONSO, A., “Conceptos básicos de ADN forense”, Ponencias del INTCF (Servicio Biología), Madrid julio 2015. “La prueba de ADN en el proceso penal – ADN y proceso penal en España. La labor de la CNUFADN”, Tirant Lo Blanch 2014.

⁸⁷ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., “Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal”, Ed. Comares, 28/03/2000.

Las primera vez que se cuestionó la prueba de ADN⁸⁸, fue entre otros argumentos por errores en la cadena de custodia de las muestras, así en 1989 el Tribunal de la Corte Suprema de Nueva York emitió unas directrices sobre los procedimientos de prueba y mantenimiento de los resultados de laboratorio e informes, así como explicaciones para los cálculos de probabilidad y el registro de los defectos observados o errores de laboratorio, así como la necesidad de identificar y documentar la cadena de custodia y permitir el acceso a los datos, la metodología y los resultados reales de un experto independiente en el caso Vimla Pence⁸⁹.

La prueba de ADN en el proceso penal español está en un momento de crisis, por los erráticos pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que, desconociendo lo que significa el ADN no codificante, único susceptible de ser inscrito en la Base de Datos y que solo permite conocer identidad genética y sexo, ha vertido diversas manifestaciones en sus sentencias, en calidad de obiter dicta, totalmente disfuncionales y generadoras de gran confusión en la comunidad científica sobre el régimen jurídico de esta prueba penal, en especial, sobre el origen de la cadena de custodia como es la toma de muestras biológicas a detenidos⁹⁰.

3. Estado de la cuestión a nivel Jurisprudencial

A nivel Jurisprudencial el estado de la cuestión hasta la fecha actual es el siguiente:

Con carácter previo, hemos de señalar que las resoluciones judiciales constituyen un aporte esencial para cribar las deficiencias y lagunas jurídicas sobre la cadena de custodia de las pruebas, las cuales aportan requisitos que debe

⁸⁸ Corte Suprema de Nueva York en 1989, Caso Vimla Pence, asesinada por su padre José Castro.

⁸⁹ PANNEERCHELVAM S., NARAZMI MN., "Forensic DNA profiling and database", Articles from The Malaysian Journal of Medical Sciences, 2003 July.

⁹⁰ DOLZ LAGO, M. J., "La cadena de custodia de las muestras biológicas. La identificación genética", Ponencia de 26 de junio de 2014 en el Curso "La cadena de custodia", CEJ, Madrid 2014.

cumplir la cadena de custodia para no vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, recogen supuestos de nulidad de prueba por incumplimiento de estos requisitos, así como otras irregularidades que no constituyen invalidez de prueba, aunque si afectan a la fiabilidad de las muestras en la cadena de custodia.

A tal efecto y al objeto de poder exponer los principales pronunciamientos jurisprudenciales que afectan al correcto procedimiento de la cadena de custodia, hemos sistematizado en este apartado sentencias del Tribunal Constitucional, Supremo y Audiencias Provinciales cuyos contenidos expresamos a continuación.

A) Sentencias del Tribunal Constitucional

De la jurisprudencia del TC podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar el TC ha remarcado que la ruptura de la cadena de custodia vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, donde “la vinculación de la cadena de custodia a la verosimilitud de la prueba, determina la vinculación del proceso penal, con los grandes principios que lo inspiran, de manera que sin verosimilitud de la prueba no puede hablarse siquiera formalmente de un juicio justo o proceso con todas las garantías”⁹¹.

Así mismo establece que las características que debe cumplir la cadena de custodia de las muestras para no vulnerar el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), son mantenimiento de la continuidad, acreditación, conservación, regularidad, aseguramiento, preservación y verosimilitud de la prueba⁹².

⁹¹ SSTC de 29 septiembre 2003 y 24 de octubre de 2004.

⁹² SSTC 43/2014 de 27 marzo; 23/2014 de 13 febrero; 16/2014 de 30 enero; 15/2014 de 30 enero; 14/2014 de 30 enero; 13/2014 de 30 enero; 199/2013 de 5 diciembre y 12/2011 de 28 febrero.

Por otro lado ha indicado que la deficiente custodia policial y control judicial de discos compactos incautados, que no estaban debidamente precintados y a salvo de eventuales manipulaciones externas tanto de carácter cuantitativo (número de las piezas de convicción halladas en los registros) como cualitativo (contenido de aquellos soportes que admitieran una manipulación por su carácter degradable, o simplemente por su naturaleza virgen en el momento de su incautación, e incluso su sustitución por otros), supone invalidez de la prueba⁹³.

Ha entendido que las infracciones graves de la cadena de custodia de modo que no puede garantizarse la verosimilitud de la prueba, constituyen invalidez de la prueba y, por tanto, la imposibilidad de su valoración. Constituyen infracciones que comportan la invalidez de la prueba los siguientes supuestos: La falta de precisión en la atribución de las sustancias u objetos ilícitos a uno u otro acusado (soportes informáticos con contenido ilícito incautados a distintas personas y en distintos domicilios).

Junto con dichos pronunciamientos, y en relación con la prueba de ADN en general, el TC ha señalado que no afecta al derecho a la intimidad la recogida y análisis de muestra de ADN extraída de un esputo arrojado por el acusado en una celda policial, así como de muestra biológica obtenida de un cigarrillo arrojado por el detenido en el calabozo donde se hallaba⁹⁴. Sin embargo una sentencia del TS de 19 de abril de 2005 siguiendo otra doctrina constitucional⁹⁵, absolvió a un condenado, con respecto al cual la policía judicial, sin mediar razones de urgencia, procedió a recoger de su celda mediante un hisopo, los restos de un “escupitajo” a fin de efectuar, sobre ellos, la prueba de ADN.

Por último el TC ha entendido que el análisis sobre regiones no codificantes de ADN no afecta a la intimidad, así como no requiere autorización

⁹³ STC 170/2003 de 29 de septiembre.

⁹⁴ SSTC 199/2013 de 5 diciembre y 13/2014 de 30 enero.

⁹⁵ STC 303/1993 de 25 octubre.

judicial para obtener perfil de ADN meramente identificador respecto a vestigios abandonados por el sospechoso⁹⁶.

B) Sentencias del Tribunal Supremo

Del mismo modo que nuestro TC el Tribunal Supremo también ha resuelto diversas cuestiones planteadas sobre la cadena de custodia de las pruebas y que sintéticamente pasamos a expresar:

En primer lugar el TS ha entendido que la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad⁹⁷, «la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno, las "formas" que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones»⁹⁸.

Del mismo modo ha expresado que la eventual irregularidad en la cadena de custodia es irrelevante cuando consta la autenticidad de la muestra por otras fuentes de prueba (hallarse restos biológicos indubitados del acusado en registro domiciliario, y por declaración autoinculpatoria del acusado y declaración de la víctima), al tratarse de un problema de fiabilidad y no de validez o licitud probatoria⁹⁹.

⁹⁶ STC 199/2013 de 5 diciembre y 13/2014 de 30 enero.

⁹⁷ STS de 26 de marzo de 2013, núm. 308/2013.

⁹⁸ STS 25 de abril de 2012, núm. 347/2012.

⁹⁹ Acuerdo del Pleno TS de 31 enero 2006.

También ha entendido que la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad¹⁰⁰. Incluso ha entendido que la mera irregularidad “no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno”, así como que “el retraso en la entrega y análisis de la droga no supone, por sí, rotura de la cadena de custodia”¹⁰¹.

Sin embargo ha reconocido que se consideran simples irregularidades en la cadena de custodia, la ausencia de algún documento, mención o constancia en el atestado. Así, la falta de documento justificativo del transporte de una evidencia del lugar del delito al laboratorio, podría ser subsanado por la declaración del funcionario que la realizó.

El TS ha estimado que el quebrantamiento de la cadena de custodia no constituye una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad de la prueba¹⁰².

También ha expresado que es exigible asegurar y documentar la regularidad de la cadena de custodia para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba¹⁰³.

Respecto a la rotura de la cadena de custodia ha reconocido que puede afectar al derecho a un juicio justo con todas las garantías y a la presunción de inocencia¹⁰⁴. Sin embargo la irregularidad de la cadena de custodia no determina

¹⁰⁰ STSS 195/2014, 3 de marzo; y 506/2012, 11 de junio y 884/2012, 8 de noviembre, entre otras.

¹⁰¹ STS 1349/2009, de 29 diciembre.

¹⁰² SSTs 1072/2012, de 11 de noviembre, 996/2013, de 16 de diciembre y 271/2014, de 25 de marzo.

¹⁰³ STS 1349/2009 de 29 de diciembre y STS 308/2013 de 26 de marzo.

¹⁰⁴ SSTs de 29 de diciembre de 2009, núm. 1349/2009 y de 4 de junio de 2002, núm. 530/2010.

la invalidez de la prueba, siendo corroborado en numerosas sentencias¹⁰⁵, como las que recogieron que: “la incomparecencia en el plenario de los agentes que custodiaron la droga en dependencias policiales depositada en una caja fuerte cerrada con llave, apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva”. No es suficiente para invalidar la prueba “La discrepancia en el número de envases o bultos conteniendo sustancias estupefacientes”, etc.

Junto con tales pronunciamientos y, en general, respecto a la prueba de ADN, el TS ha entendido que se requiere autorización judicial para obtener perfil de ADN meramente identificador respecto a vestigios abandonados por el sospechoso, no vulnerando el derecho a la intimidad, estando en consonancia con la LO 10/2007, 8 de octubre. A este respecto hay que diferenciar entre el análisis para el cotejo, y la conservación de los datos obtenidos para lo que sí sería necesaria autorización¹⁰⁶.

C) Sentencias Audiencias Provinciales

También las Audiencias Provinciales españolas en modo similar al TC y TS han resuelto diversas cuestiones planteadas sobre la cadena de custodia de las pruebas, pero con la particularidad que suelen ser más proclives a estimar rupturas de la cadena de custodia y quizás una mayor flexibilidad a la hora de reconocer irregularidades de la misma y que sintéticamente pasamos a expresar:

En primer lugar debemos destacar que los tribunales se han pronunciado considerando que existe un consenso sobre los requisitos que debe cumplir la cadena de custodia, en tanto no se regule específicamente ésta, recogiendo

¹⁰⁵ STS 776/2011 de 20 de julio, STS 629/2011 de 23 de junio, STS 347/2012 de 25 de abril, STS 984/2010 de 8 de noviembre.

¹⁰⁶ STS de 7 octubre 2013, sala 2ª y Acuerdo del Pleno TS de 31 enero 2006.

algunas sentencias¹⁰⁷ que “Aun cuando no existe una normativa reguladora expresa de las exigencias mínimas garantizadoras formalmente de la indemnidad de la cadena de custodia, las nuevas reformas normativas, la doctrina y la jurisprudencia han construido un cuerpo jurídico que se atiene a la normativa internacional en la materia y cohonesta con la Recomendación del Consejo de Europa de 30 de marzo de 2004 sobre directivas para la toma de muestras de drogas incautadas en la cual se establecen las pautas que deben regir la cadena de custodia: a) informe detallado (descripción, numeración, pesaje, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc.) de la incautación por parte de las fuerzas del orden destinado a la policía científica y a los tribunales; b) técnica de muestreo conforme a criterios predeterminados; y c) adoptar las medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras....”.

En similar forma al TS las Audiencia Provinciales también han reconocido que las simples irregularidades en la cadena de custodia no constituyen supuestos de nulidad o invalidez de prueba por ruptura de la cadena de custodia, reconociendo así que no constituye nulidad cuando:

a) Las operaciones sobre los efectos intervenidos, como diferencias en la descripción de los efectos, de la incautación de su naturaleza o del peso de lo incautado, pues estas operaciones corresponden a actuaciones de investigación y no de actos necesarios de garantía de la cadena de custodia¹⁰⁸.

b) La falta de documentación sobre la incautación, traslado y custodia de los efectos intervenidos, siempre que comparezcan los funcionarios que actuaron¹⁰⁹.

¹⁰⁷ SAP Madrid 404/2012 de 29 de octubre, SAP Las Palmas 52/2009 de 29 de julio.

¹⁰⁸ SAP Huelva, Sección 1ª, de 25 de junio de 2007.

¹⁰⁹ SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, de 30 de marzo de 2012, núm. 147/2012.

c) La discrepancia entre el número de objetos incautados según el atestado y la declaración en juicio del policía interviniente, no debe considerarse trascendente a efectos de acreditar la ruptura de la cadena de custodia¹¹⁰.

d) No es exigible legalmente que dicha entrega sea personal a los facultativos concretos que después serán los encargados de analizarla, bastando con que se entregue en el servicio o dependencia común encargada de recepcionar los efectos de toda clase que son enviados para analizar al Instituto Nacional de Toxicología¹¹¹.

e) La discrepancia en el número de prendas de ropa (impregnadas de droga) incautadas y las analizadas en el laboratorio no presupone la ruptura de la cadena de custodia¹¹².

En contraposición a lo anteriormente expresado, estos tribunales provinciales han fallado argumentando que sí constituyen supuestos de nulidad o invalidez de prueba por ruptura de la cadena de custodia en los siguientes supuestos:

a) El incumplimiento de la cadena de custodia por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, concretamente el art. 326 y concordantes de la LECRIM constituye un supuesto de nulidad por ruptura de la cadena de custodia respecto de las muestras biológicas tomadas por la Policía Judicial en el lugar de los hechos donde un policía llevó la muestra a comisaría en un sobre de papel, que posteriormente la entregó al Jefe del Departamento, que lo remitió a Madrid, (sin documentación de todos los actos: etiquetado de las muestras; nombre de las personas que han intervenido en la aprehensión, ni nombre de las personas

¹¹⁰ SAP Barcelona, Secc. 2.ª, de 21 de abril de 2010, núm. 252/2010.

¹¹¹ SAP Barcelona 252/2010, Secc. 2.ª, de 21 de abril.

¹¹² SAP Barcelona 845/2010, Secc. 3.ª, de 5 de noviembre.

encargadas de la custodia, ni reseña sobre la entrega del sobre al Jefe del Departamento)¹¹³.

b) La ausencia de documentación suficiente sobre las evidencias objeto de análisis de modo que no pueda garantizarse la indemnidad de la prueba, ha producido una ruptura de la cadena de custodia de la sustancia intervenida a los acusados, toda vez que la sustancia se recibió en el Laboratorio tres meses mas tarde, sin que se especifique en ningún momento la persona encargada de la entrega, ni el lugar donde fueron custodiadas las dos bolsas mencionadas, por lo que existe una duda mas que razonable sobre la identidad existente entre la sustancia analizada por la Unidad del Laboratorio Químico de los Mossos d'Esquadra, no cumpliéndose la Orden de 8 de noviembre de 1996, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología.

Por haber existido un cambio en los datos con los que se remitieron las sustancias aprehendidas en dos diligencias previas tramitadas simultáneamente, atribuyendo a los aquí acusados la heroína aprehendida supuestamente a otra detenida, y la cocaína a ésta¹¹⁴.

Por no comparecer en juicio el agente de policía que recogió el vaso que permitió identificar ADN del acusado, y que la acusación mantenía que había utilizado el acusado en una consumición en el bar, privando al Tribunal de la certeza de que el agente hubiera adoptado todas las precauciones necesarias para certificar que era el vaso usado por el acusado y descartar que pudiera haber sido confundido con otro vaso¹¹⁵.

¹¹³ SAP Burgos 13/2009 de 9 de marzo.

¹¹⁴ SAP Las Palmas 52/2009, Sección BIS, de 29 de julio.

¹¹⁵ SAN de 25 de enero de 2013.

II. METODOLOGÍA

Gracias al estado de la cuestión expuesto, hemos ido indicando las deficiencias observadas sobre la cadena de custodia de las muestras y que resumimos en las siguientes:

En primer lugar, la falta de regulación legal y reglamentaria.

Asimismo, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de sólo menciones sobre la cadena de custodia sin observar procedimiento de actuación alguno.

En tercer lugar, el dispar acometimiento de manuales y protocolos específicos sobre cadena de custodia, sin posibilidad de exigibilidad legal en su cumplimiento o imperatividad.

Finalmente, la ausencia de eficacia procesal por deficiencias existentes en el tratamiento, garantía y control de las pruebas, especialmente las pruebas de ADN, debiendo estandarizarse un protocolo único sobre recogida, análisis, determinación del perfil genético, gestión de las muestras biológicas, almacenamiento, destrucción, e informes periciales resultantes de entrega a la Autoridad Judicial en la vista.

Conforme a dicho estado de la cuestión, nuestro objetivo es efectuar propuestas de regulación y reforma legislativa para contribuir a la elaboración de una norma sobre la cadena de custodia que incorpore las últimas novedades legislativas y avances tecnológicos que aporten una mayor fiabilidad y seguridad a las evidencias halladas en la escena del crimen y hasta que finalmente sean destruidas o depositadas, mediante el procedimiento de control de la cadena de custodia en la pruebas de ADN.

Para ello, hemos de indicar cómo alcanzar este objetivo, el cual se realizará mediante la metodología que utilizaremos.

En concreto, nuestra metodología consistirá en el uso de la regulación existente, doctrina y jurisprudencia, cuyas principales conclusiones, deficiencias y estado de la cuestión a fecha actual ha sido expuesto en el apartado anterior de este capítulo.

III. OBJETIVOS

Hemos señalado en el punto anterior el objetivo general de nuestro trabajo, que es identificar y analizar los problemas jurídicos de acuerdo a la metodología expuesta, ayudándonos de la regulación existente, doctrina y jurisprudencia, con el fin de lograr la consecución de nuestro trabajo que es, formular una propuesta de regulación de la cadena de custodia de la prueba de ADN.

Para ello, incorporaremos las últimas novedades legislativas, procesales y avances tecnológicos que den a la cadena de custodia de ADN garantías de legalidad y fiabilidad, bajo el principio constitucional de un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocidos en el art. 24.2 CE.

Para estos cometidos partimos de que la cadena de custodia de las pruebas de ADN obtenidas en el curso de una investigación criminal, constituye un procedimiento que debe ser regulado convenientemente por nuestro derecho de una forma más específica y completa de cómo se expresa la actual LECRIM, en aras siempre de una mayor garantía procesal de estas pruebas.

Conforme a ello, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico debe permitir la incorporación de los últimos avances tecnológicos que aporten siempre una mayor fiabilidad y seguridad a las evidencias halladas en la escena del crimen.

La ley a este respecto, también debería prever no solamente el procedimiento de obtención, traslado y análisis de las muestras de ADN para que se constituyan en pruebas de cargo o de descargo el día de la vista ante los Tribunales, sino además una correcta forma de actuar de todos los operadores jurídicos que tengan contacto con la cadena de custodia, ya sean Jueces, Policía Judicial, Médicos Forenses y Peritos de Laboratorios homologados, actuando siempre bajo criterios de licitud y fiabilidad en beneficio de una prueba eficazmente controlada o garantizada.

El legislador en nuestro país no ha abordado de un modo frontal esta materia, haciendo que los operadores jurídicos se enfrenten a multitud de cuestiones no resueltas por la ley, siendo suplidas o subsanadas con más o menos acierto por protocolos profesionales y científicos en el mejor de los casos, pero sin que los mismos puedan dar la suficiente legitimidad y fiabilidad que ofrecería una norma específica de rango legal sobre la cadena de custodia.

Esta deficiencia o vacío normativo constituye el argumento principal de este trabajo, cuyo objetivo de *lege ferenda* no es otro que conseguir la correcta cadena de custodia de la prueba de ADN, máxime cuando del correcto o incorrecto tratamiento de estas pruebas pueden verse afectados derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad de la persona, la integridad física, la salud, la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y la libertad individual entre otros.

La necesidad de regular la cadena de custodia de las pruebas de ADN, también estaría justificada no solamente por la importancia procesal probatoria y de garantías de los derechos fundamentales que podrían verse afectados, sino porque así lo ordena la Constitución española a los poderes públicos, especialmente al legislador como forma de conseguir sus objetivos (art. 9.1 y 2 de la CE), otorgando al Estado como administración pública la competencia exclusiva en legislación procesal (art. 149.2. 5ª de la CE), todo ello presidido por

el principio general de legalidad que garantiza el art. 9.3 CE para las actuaciones que ejerzan todos los poderes públicos.

Finalizaremos este trabajo en beneficio de una futura regulación sobre la cadena de custodia, en la que se tengan en consideración el adecuado tratamiento procesal, soluciones jurisprudenciales sobre la rotura de la cadena de custodia y su afectación a la valoración de la prueba de ADN.

Para la consecución de este propósito vamos a llevar a cabo los siguientes subobjetivos a través de los distintos capítulos que conformarán este trabajo, como son el concepto y la naturaleza jurídica de la cadena de custodia de las pruebas de ADN (Capítulo II), fase de obtención de las muestras de ADN (Capítulo III), análisis del perfil de ADN (Capítulo IV), fase de tratamiento del dato de ADN (Capítulo V), fase de remisión, depósito y destrucción de las pruebas de ADN (Capítulo VI), tratamiento procesal (Capítulo VII) y finalmente realizaremos con las conclusiones sobre este trabajo tendentes a controlar y garantizar las pruebas de ADN mediante la legal cadena de custodia, detectando carencias legislativas y proponiendo una futura legislación en esta materia.

CAPÍTULO II

CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN

Para formular una propuesta de regulación de la cadena de custodia es necesario, en primer lugar, determinar el concepto y la naturaleza jurídica de la cadena de custodia de las pruebas en general y posteriormente aplicarlo a las pruebas de ADN en particular. Así mismo, desarrollaremos las finalidades que se persiguen con la cadena de custodia en la prueba de ADN. Los tres aspectos señalados sobre la cadena de custodia, constituyen el objeto de este capítulo.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA EN LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS

1. Introducción

Como ya indicábamos en el capítulo anterior sobre la justificación de este trabajo, no existe en nuestro país una regulación jurídico penal adecuada sobre la cadena de custodia de las pruebas, hecho éste reconocido por la doctrina¹¹⁶ casi por unanimidad. A este respecto, está prevista su regulación por su importancia procesal, pues así ha estado en la mente del legislador, mediante el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (CPP 2011) al dedicar un capítulo

¹¹⁶ EIRANOVA ENCINAS, E, "La Cadena de Custodia y Prueba de Cargo", Diario La Ley, Nº 6863, Sección Doctrina, 17 Ene. 2008, Año XXIX, Ref. D-13, Editorial LA LEY 2008. FIGUEROA NAVARRO, C, "El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia" La Ley Penal 2011, núm. 84. "Policía Científica: 100 años de ciencia al servicio de la Justicia". Madrid 2011. DEL POZO PÉREZ, M, "Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal", Revista General de Derecho Público Comparado, nº 10, Enero 2012. "La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial", Revista General de Derecho Procesal, nº 30, Mayo 2013. FÁBREGA RUÍZ, C.F., "Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la huella genética y su valoración judicial", Diario La Ley 1999. MAGRO SERVET, V., "Las intervenciones electrónicas e informáticas por los agentes de la autoridad. Medidas restrictivas de derechos fundamentales en estos supuestos". La ley nº 84. Julio 2011. ALONSO PÉREZ, F., "Medios de investigación en el proceso penal", ed. Dykinson, Madrid 1999 pp. 54-55, donde cita a ORELLANA TORAL, J., La inspección técnico-policia, Internacional Police Association, nº 2, abril-junio 1997. MARCA MATUTE, J., "Inspección ocular, levantamiento de cadáveres y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente de prueba". RICHARD GONZÁLEZ, M., "La cadena de custodia en el proceso penal español", Diario La Ley Nº 8187, 8 Nov. 2013. ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 34/2011. "La prueba de ADN en el proceso penal", Comares. Granada 2008. GUTIERREZ SANZ, M. R., "La cadena de custodia en el proceso penal español", Ed. Aranzadi, SAU 2016.

entero a la cadena de custodia¹¹⁷. Sin embargo no solamente no se ha mantenido esta redacción en el anteproyecto de CPP de 2013, sino que ni siquiera se preveía regulación alguna a este respecto.

Tampoco las últimas reformas de la LECRIM¹¹⁸ prevén modificación alguna sobre la regulación en la cadena de custodia, sin embargo académicamente algunas Universidades trabajan para conseguir este objetivo¹¹⁹.

Dado que el objetivo último de esta tesis es efectuar propuestas de regulación en relación con la cadena de custodia respecto de la prueba de ADN, para lograrlo, es preciso comenzar formulando el concepto de cadena de custodia, sin el cual es imposible desarrollar un adecuado régimen jurídico sobre la misma.

El concepto de cadena de custodia no puede entenderse sin expresar las características esenciales a las que debe de estar sometida, las cuales nos permitirán mejorar la comprensión de la cadena de custodia así como su régimen jurídico. Para ello, vamos a desarrollar estas características de modo que nos ayuden a inferir el concepto de cadena de custodia de las pruebas en general, para después formularlo específicamente para la prueba de ADN, teniendo en cuenta sus propias peculiaridades.

Partimos del hecho de que la LECRIM no define concepto alguno de qué es, o en qué consiste la cadena de custodia de las pruebas, siendo ésta de vital importancia en el ámbito procesal, pues la cadena de custodia está directamente

¹¹⁷ LA CADENA DE CUSTODIA, arts. 353 a 360, Capítulo II, Título V, Libro III del Código Procesal Penal de 2011 (Anteproyecto de LECRIM).

¹¹⁸ Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECRIM y la LOPJ, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de *modificación* de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

¹¹⁹ Proyecto de Investigación, “La cadena de custodia como garantía de la evidencia probatoria. Propuesta de regulación normativa”, del Instituto Universitario de Ciencias Policiales de la Universidad de Alcalá, IUICP/PI2010/2, aprobado en noviembre de 2010 y finalizando en noviembre de 2014, con el resultado de la publicación “La cadena de custodia en el Proceso Penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015.

relacionada con el derecho a la prueba, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia¹²⁰.

Debido a la gran importancia procesal que la cadena de custodia supone y al no existir una definición doctrinal unánime que nos revele a qué institución procesal nos estamos refiriendo, hemos diseñado un concepto de cadena de custodia teniendo en cuenta la normativa existente, así como los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales más actuales.

Además la cadena de custodia desde el punto de vista de su praxis ejercida por Policía Judicial, Médicos Forenses y Laboratorios acreditados por la CNUFADN, que recogen y analizan las piezas de convicción que han de constituirse en prueba, disponen en sus propios protocolos de actuación. Definiendo éstos el concepto de cadena de custodia de las pruebas y forma de realizarla, sin que estos protocolos constituyan norma jurídica de obligada observancia, y por tanto, en caso de incumplimiento o mala observancia de los mismos no podrían ser objeto de reproche legal y procesal que garantizase la cadena de custodia.

Para estos manuales y protocolos de actuación, la cadena de custodia constituye un procedimiento de estricta y cuidadosa ejecución que se aplica sobre las evidencias, para garantizar la seguridad, preservación, autenticidad e integridad de los elementos materiales de la prueba recolectados y analizados, asegurando con ello que pertenecen al caso investigado, sin que puedan sufrir alteraciones, modificaciones o sustracciones desde su inicio hasta la culminación del proceso, con la entrega de los resultados a la autoridad judicial, incluyéndose en este último procedimiento la posibilidad de destrucción o depósito de las muestras.

¹²⁰ SSTC 43/2014 de 27 marzo; 23/2014 de 13 febrero; 16/2014 de 30 enero; 15/2014 de 30 enero; 14/2014 de 30 enero; 13/2014 de 30 enero; 199/2013 de 5 diciembre; 12/2011 de 28 febrero y SSTs de 29 de diciembre de 2009, núm. 1349/2009 y de 4 de junio de 2002, núm. 530/2010.

Hay que tener en cuenta que toda definición de cadena de custodia, aunque en esencia “custodia” constituya una tautología o repetición inútil en sí misma, requerirá que el elemento material de prueba se encuentre bajo custodia¹²¹, o sea, cuando ésta se halle bajo posesión y observación de una persona física idónea, o guardada en un lugar seguro y accesible solo a personas autorizadas para su manipulación, por lo que cualquier evidencia fuera de este alcance físico o *custodia* quedaría ajena al concepto de cadena de custodia y por ende dicha evidencia podría no tenerse en cuenta como prueba de cargo ni de descargo.

Sin embargo lo verdaderamente importante desde el punto de vista procesal es que las notas esenciales que caracterizan la cadena de custodia de la prueba sirvan para garantizar eficazmente la obtención de una prueba de cargo o de descargo, así como que pueda controlarse mediante un adecuado procedimiento progresivo de obtención y recabación de prueba.

De este modo serán notas características de la cadena de custodia: el control, la trazabilidad de las evidencias, la acreditación documental y personal, la mismidad de la prueba, la autenticidad, la integridad, la indemnidad, la legitimidad, la validez, la fiabilidad y la verosimilitud de las evidencias, las cuales serán convenientemente detalladas en el apartado siguiente.

2. Concepto y notas esenciales de la cadena de custodia de las pruebas

Sin una construcción jurídica de lo que es o debe ser la cadena de custodia de la prueba no podríamos formular enunciados que garanticen el correcto tratamiento de las pruebas de ADN bajo estrictos criterios de fiabilidad y licitud.

En España, la mayoría de los autores¹²² que han abordado algún tema relacionado con la cadena de custodia de la prueba, casi siempre han introducido

¹²¹ *Custodia* o guardar algo con cuidado y vigilancia (primera acepción de la RAE). Custodia podrá ser sustituida por cualquier sinónimo previsto en el diccionario de la RAE, como; Conservación, Control, Vigilancia, Cuidado, Defensa, Depósito, Guarda, Preservación, Protección o Tutela.

¹²² FIGUEROA NAVARRO, C., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer SL, Madrid 2015. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal”, Diario La Ley,

su propio concepto sobre ésta ante la necesidad de fundamentar sus postulados, ya que no existe un concepto legal, doctrinal ni jurisprudencial unívoco que la defina.

Nosotros, la hemos definido como el “procedimiento de garantía-control de las pruebas, de tracto sucesivo y documentado de forma personal, que se aplica a los indicios, trazas, objetos, muestras y vestigios materiales relacionados con el delito, desde su localización, pasando por su recogida, análisis, tratamiento, depósito y puesta a disposición judicial para su valoración, ajustando siempre este procedimiento a criterios de licitud y fiabilidad, evitando en todo momento su contaminación y deterioro, de forma que permita siempre la verosimilitud de la prueba en el proceso penal”.

Del mencionado concepto se derivan las siguientes notas esenciales:

Control de la prueba; o mecanismo tendente a comprobar, inspeccionar e intervenir legalmente las fuentes de prueba conforme a un protocolo preestablecido para todo el íter de la prueba dando validez y fiabilidad a la misma.

Trazabilidad de las evidencias; o tracto sucesivo o continuado en todo momento de los objetos custodiados y analizados, dejando constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que han estado en contacto con las muestras.

Acreditación documental; de todas las operaciones y personas que individualmente recogieron, transportaron, custodiaron, conservaron, analizaron, depositaron y destruyeron las evidencias.

Mismidad de la prueba; o certeza de que lo que se traslada y analiza es idéntico en todo momento, o que las evidencias sujetas a los principios procesales

Nº 8213, 17 de diciembre de 2013, y “La cadena de custodia”, Revista de Derecho Penal, número 38 (1/2013). RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Diario La Ley Nº 8187, 8 noviembre 2013. CAMPOS CALDERÓN, J. F., “Cadena de Custodia de la Prueba”, Campos Calderón, F. (2002). Editorial Continental, San José, Costa Rica.

de intermediación, publicidad y contradicción de las partes para constituirse en prueba a juicio de los juzgadores, es lo mismo en todo momento.

Autenticidad, Integridad e Indemnidad de las evidencias; encontrándose siempre acreditadas o ciertas, de forma completa en todas sus partes y sin sufrir daño alguno o menoscabo que las pueda contaminar, alterar, sustituir, deteriorar o destruir.

Licitud, Legitimidad y Validez de las pruebas; obteniendo y manipulando las muestras respetando escrupulosamente la legalidad vigente, así como los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Fiabilidad; empleando los medios técnicos y científicos correctos y más idóneos para análisis de las muestras, incluidos los informes o resultados periciales finales resultantes de éstos.

Verosimilitud de las evidencias; de forma que las muestras y resultados de sus análisis custodiados sean fiables y creíbles, con la finalidad de que sirvan de prueba de cargo o de descargo en el proceso penal.

Para llegar a definir este concepto y sus notas esenciales hemos tenido en consideración la escasa normativa existente sobre la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico, legislación en derecho comparado, doctrina y jurisprudencia, cuyos principales enunciados y resoluciones pasamos a expresar a continuación.

A) Legislación sobre el concepto de cadena de custodia

Como expresamos anteriormente partimos de la premisa de la inexistencia de una definición unánime de cadena de custodia de la prueba en general y menos aún sobre la prueba de ADN en particular, lo que nos ha obligado a componer un concepto que explique y complete suficientemente en qué consiste esta

institución procesal tan necesaria para el control de la prueba, para lo cual nos hemos apoyados en las aseveraciones legales existentes en España y fuera de nuestro país.

Nuestra LECRIM no define concepto alguno de cadena de custodia de las muestras o evidencias antes de convertirse en pruebas. Sin embargo sí recoge características propias de la cadena de custodia de la prueba, como son el garantizar la integridad de las piezas de convicción como huellas o vestigios biológicos del sospechoso, recogiendo y conservándolos como pruebas materiales, para determinar mediante su análisis el perfil de ADN (arts. 326, 334, 338 y 363 LECRIM).

Sobre las piezas de convicción, debemos matizar que las muestras biológicas como sangre, semen, saliva, cabellos, orina, heces, piel o huesos, junto con los objetos que los portan como ropas, armas, materiales varios o incluso el propio cuerpo de la víctima o agresor, deben ser consideradas como piezas de convicción al amparo de nuestra LECRIM (artículos 626, 629, 654 y 726 de la conclusión del sumario), pues estos objetos o elementos que demuestran la realidad del delito, contribuyen al esclarecimiento de los hechos y de la verdad.

Estas piezas de convicción una vez realizado el análisis de ADN obteniendo el perfil genético, se materializarán en informes periciales, informes que la doctrina los identifica como prueba documental con valor de prueba preconstituida¹²³ y aunque no constituyan piezas de convicción controlables mediante la cadena de custodia de las pruebas, si deberían tener un tratamiento específico de control en evitación de su manipulación, confusión o incluso falsedad documental.

¹²³ GIMENO SENDRA, V., "Derecho Procesal Penal", pág. 258 Colex 2014 y págs. 397 y ss, Colex 2007, dentro de la recogida y conservación del cuerpo del delito identifica los informes del INTCF, Médico Forense y de Policía Científica como prueba documental al amparo de los arts. 788.2, 326, 323 y 363 LECRIM, con valor de prueba preconstituida (SSTC 17/02/2003 y 26/06/2003), consistiendo éstos en actos procesales complementarios que sirven para la prueba del objeto procesal penal (STS 21/01/2000), así como valor de actos de investigación sometidos a contradicción (SSTS 20/12/2000, 22/03/2000 y 22/05/2002).

El único precepto de nuestra LECRIM que reconoce específicamente la existencia del término *cadena de custodia* lo encontramos en el artículo 796. 1. 7ª. 2 LECRIM¹²⁴ que señala que “la saliva facilitada por los conductores a la Policía Judicial de Tráfico, será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia”. Sin embargo la LECRIM si reconoce actividades próximas a la cadena de custodia como son la necesidad de “recoger, conservar y custodiar” las piezas de convicción por el Juez de Instrucción, Policía Judicial y Médicos Forenses (arts. 282, 326, 334, 338, 363, 770. 3ª y 778.3 LECRIM).

Del articulado de la LECRIM anteriormente reseñado se desprende no solo una ausencia de la definición de la cadena de custodia, sino también falta de regulación específica de ésta. Ante esta carencia la Ley Orgánica 10/2007¹²⁵, prevé sobre la inscripción en la base de datos policial de identificativos obtenidos a partir del ADN, se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia (art. 6), precepto relacionado con el artículo 362 de la LECRIM que faculta al Juez de Instrucción para acordar la obtención de muestras biológicas del sospechoso para determinar su perfil de ADN, pero sin precisar nada sobre su control y custodia.

Del mismo modo nuestro TC¹²⁶ reconoce la falta de una regulación sobre la cadena de custodia al afirmar que, “las pruebas obtenidas y su custodia deben adecuarse a una regulación específica en la LECRIM”.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas que tampoco definen la cadena de custodia de las pruebas, pero si incorporan elementos relacionados con la misma, como son los “impresos o documentos de cadena de

¹²⁴ Art. 796.1.7ª LECRIM fue redactado por el apartado 4 de la D.F. 1ª de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la L.O. 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal.

¹²⁵ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (BOE 9 Octubre 2007).

¹²⁶ STC 37/1998, de 17 de febrero, F. J. 6º.

custodia” tras analizar muestras de todo tipo, sustancias, drogas o medicamentos, como son:

La Resolución de 14 de julio de 2010, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes¹²⁷, por la que se aprueban los formularios para los controles de dopaje; el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, que regula actividades de obtención y utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad; la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, sobre normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF, siendo esta norma la que mejor recoge las acciones sobre la cadena de custodia de las muestras; la Orden PRE/1832/2011, de 29 de junio, sobre Control del dopaje, material para la toma de muestras y el protocolo de manipulación y transporte de muestras de sangre; y la Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre, sobre Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura.

El Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso Penal de 2011 (CPP 2011), contemplaba expresamente un escueto capítulo dedicado exclusivamente a la cadena de custodia¹²⁸, el cual no define directamente el concepto de cadena de custodia, sin embargo, implícitamente, se puede deducir su existencia en el artículo 357.1 CPP 2011 al prever que “todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán realizarse en la forma prevenida en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables”.

De este modo el anteproyecto de ley procesal (CPP de 2011), contemplaba actuaciones esenciales que pueden ayudar a definir la cadena de custodia, como

¹²⁷ Consejo Superior de Deportes, es un Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte desde 2011.

¹²⁸ La cadena de custodia, Capítulo II del Título V del Libro II del Anteproyecto de Ley para un nuevo Proceso Penal editado por el Ministerio de Justicia 2011 (arts. 357 al 360).

son que las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación de los hechos delictivos serán debidamente custodiadas a fin de asegurar su disponibilidad en el acto del juicio oral (art. 357.2 CPP 2011); que la cadena de custodia se inicia en el lugar y momento en que se obtienen las fuentes de prueba (art. 358.1 CPP 2011), bajo un procedimiento que garantice su conservación, el cual será regulado reglamentariamente (art. 359 CPP 2011).

Esta tenue definición de cadena de custodia apreciada en el borrador de CPP de 2011 no llegará a ver la luz legal, pues ni siquiera el posterior borrador de Código Procesal Penal de 2013 lo contempla del mismo modo, siendo este último código aún más parco e incompleto en cuanto a regulación de la cadena de custodia.

Respecto al borrador o anteproyecto de ley procesal de 2013 (CPP 2013) no sólo no contenía definición alguna sobre la cadena de custodia, sino que tampoco dedicaba ningún apartado específico a ella, como si lo hacía como hemos apuntado anteriormente el borrador de 2011. Las únicas referencias aproximadas a la cadena de custodia de la prueba son las contempladas dentro de las funciones que se le encomendaban a la Policía Judicial¹²⁹, de asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición del Ministerio Fiscal (art. 79.1 CPP 2013), así como la obligación de consignar en el atestado policial los instrumentos, efectos y fuentes de prueba recogidos y las salvaguardas adoptadas para asegurar la integridad de la cadena de custodia (art. 84.1 CPP 2013).

Específicamente, para la prueba de ADN o análisis biológico sobre vestigios de un hecho investigado, el anteproyecto de ley procesal de 2013 (CCP 2013) tampoco preveía concepto alguno sobre cadena de custodia, pero sí identifica ésta con las medidas necesarias de custodia en condiciones que

¹²⁹ De la Policía Judicial, arts. 79 a 87 del Título III del Libro I de Código Procesal Penal de 2013.

garantizasen su autenticidad (art. 287.1 CPP 2013)¹³⁰. En similares términos se mostraba el anteproyecto de ley procesal de 2011 (CPP de 2011) que agrega además a estas medidas que se realizasen en condiciones que garantizasen su autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba (art. 262.2 CPP 2011).

Por otro lado, a nivel internacional existe un concepto de cadena de custodia de drogas, publicado por el Centro Internacional de la ONU en Viena (Austria) en septiembre de 2009¹³¹, el cual proporciona una visión específica pero incompleta, entendiendo por ésta “la documentación cronológica y minuciosa de las pruebas para establecer su vinculación con el presunto delito. Desde el principio hasta el final del proceso científico policial es fundamental poder demostrar cada medida adoptada para garantizar la trazabilidad y la continuidad de las pruebas desde la escena del delito hasta la sala del Tribunal”.

Respecto a la definición de la cadena de custodia de la prueba hay que destacar las regulaciones de los códigos procesales penales de los países americanos que en 1969 suscribieron el Pacto de San José de Costa Rica¹³², los cuales parten de la conclusión de que la protección de la cadena de custodia forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías¹³³. Estos países han regulado ampliamente esta institución procesal, comenzando sus códigos

¹³⁰ Las Investigaciones Mediante ADN son reguladas en los artículos 287 a 290 del borrador de Código Procesal Penal de 2013 en su Libro IV del Proceso Ordinario, Título II de Diligencias de Investigación, Capítulo III, Sección 2ª.

¹³¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) 2009, “Crime scene and physical evidence awareness for non-forensic personnel”, “La escena del delito y las pruebas materiales. Sensibilización del personal no forense sobre su importancia”, elaborado por la Sección de Laboratorio y Asuntos Científicos de la Oficina de la ONU contra la droga y el delito. Viena 2009. Este manual ha sido coordinado por Magali Bernard y Bárbara Remberg, funcionarias de la UNODC (encabezada por Justice Tettey).

¹³² Convención sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José (Costa Rica), el 7 al 22 noviembre 1969, con 21 países ratificados en el llamado Pacto de San José de Costa Rica.

¹³³ El art. 8 del Pacto de San José, dice “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

procesales penales¹³⁴ y reglamentos definiendo el concepto de cadena de custodia de las evidencias con un mayor o menor acierto procesal, destacando alguna definición como la desarrollada en Perú por un Reglamento específico sobre la cadena de custodia de elementos materiales y evidencias¹³⁵, en donde se define la misma como “Procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso”. O bien como lo recoge un protocolo específico en Méjico¹³⁶, declarando que es “una serie de actividades eslabonadas, encaminadas a la correcta y adecuada preservación de los indicios o evidencia material desde su descubrimiento en lugar de hechos por parte de una autoridad, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión, según se trate de averiguación previa, carpeta de investigación o el proceso penal”.

Algunos países asiáticos también incluyen en su ordenamiento jurídico el concepto de cadena de custodia de las pruebas, si bien con clara vinculación estadounidense, tal es el caso de Malasia¹³⁷ que incluye en la Ley de Evidencia de 1950, que la cadena de custodia es un término legal que se refiere a la capacidad de garantizar la identidad y la integridad de la evidencia desde la recolección hasta la notificación de los resultados de la prueba. También se refiere al documento o rastro de papel, que muestra la recuperación, custodia, control, transferencia, análisis y disposición de la evidencia. La estricta observancia de la cadena de custodia legal en los especímenes obtenidos, es

¹³⁴ Citado en páginas 15 a 20 del Capítulo I de esta Tesis sobre Regulación de la cadena de custodia en Hispanoamérica.

¹³⁵ Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN de 15 de junio de 2006, Lima (Perú), en su art. 7 Concepto, expresa es el “Procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso”.

¹³⁶ Protocolo de la Cadena de Custodia, elaborado por el Grupo Nacional de Directores Generales de Servicios Periciales y Ciencias Forenses de 2011, al amparo del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹³⁷ <http://www.myhealth.gov.my/en/chain-of-custody-for-forensic-evidence>.

obligatoria para garantizar la fiabilidad e integridad del análisis. Las muestras correctamente reconocidas, obtenidas, empaquetadas, transmitidas, analizadas y almacenadas facilitan la admisibilidad de los resultados y la interpretación válida de expertos en el Tribunal de Justicia (Lyle 2004).

En la Unión Europea hay que destacar como característica común la falta de una definición de cadena de custodia de la prueba, tan sólo existe una Decisión Marco¹³⁸ sobre el aseguramiento de pruebas sin que la misma regule mecanismo alguno de garantía o custodia de las pruebas, siendo sustituida por una Directiva¹³⁹ de 2014 que solamente prevé el traslado de pruebas entre Estados de la UE objeto de investigaciones penales (art. 13) y la responsabilidad civil de los Estados por los perjuicios causados por funcionarios en éstas y otras operaciones relacionadas con la Orden Europea de Investigación (art. 18).

Ante la falta de una regulación global de derecho comunitario europeo, hemos tenido en cuenta el derecho interno de algunos de los estados miembros más cercanos, en cuyos ordenamientos jurídicos al igual que el español se observa también dicha carencia, limitándose los diferentes países a regular aspectos puntuales sobre el adecuado tratamiento de las evidencias desde su recogida en el lugar de los hechos hasta su puesta a disposición del Juez y cuyos principales enunciados reseñamos en el Capítulo anterior.

En España, como ya adelantamos, tampoco existe un concepto de cadena de custodia de la prueba y menos aún de la prueba de ADN, por lo que también tendremos que recurrir a los propios manuales de actuación de la Policía Judicial, Médicos Forenses o Laboratorios homologados, sin que los mismos constituyan una norma uniforme de lo que debe entenderse por cadena de custodia de la prueba, no siendo vinculante o exigible, cuyo incumplimiento de lugar a nulidad.

¹³⁸ Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 julio 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Suprimida por la Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014.

¹³⁹ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y Consejo de 3 abril 2014, relativa a Orden Europea de Investigación (DOUE de 1 mayo 2014).

Estos manuales prevén registros de las personas que han tenido posesión física de la muestra y el proceso empleado para conservar y documentar el historial cronológico de ésta, pudiendo extraerse de estas actuaciones una definición más o menos acertada de cadena de custodia.

Teniendo en cuenta el tratamiento que sobre las evidencias realizan algunos manuales específicos, la cadena de custodia constituye un procedimiento de estricta y cuidadosa ejecución que se aplica sobre las evidencias, para garantizar la seguridad, preservación, autenticidad e integridad de los elementos materiales de la prueba recolectados y analizados, asegurando con ello que pertenecen al caso investigado, sin que puedan sufrir alteraciones, modificaciones o sustracciones desde su inicio hasta la culminación del proceso con la entrega de los resultados a la autoridad judicial incluyéndose en éste la posibilidad de destrucción de las muestras.

De este modo el Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil¹⁴⁰ define la cadena de custodia o *correcta gestión de muestras*, como “conjunto de medidas que deben adoptarse para asegurar la identidad y permanencia de las muestras objeto de análisis, teniendo como objetivo el garantizar una adecuada recepción, identificación, almacenamiento y custodia de las evidencias y muestras a analizar, con el fin de que tales manipulaciones no afecten al resultado de los ensayos y se garantice la integridad de las mismas”.

Una vez aportadas las referencias y ausencias normativas sobre el concepto de cadena de custodia de las pruebas, vamos a resumir los pronunciamientos que sobre esta definición ha realizado parte de la doctrina hasta la fecha actual y que nos han servido para concluir la definición y notas esenciales sobre la cadena de custodia de las pruebas.

¹⁴⁰ MANUAL DE POLICÍA JUDICIAL de la Guardia Civil, apartado 6.2.1.2. sobre la Cadena de custodia de evidencias/muestras.

B) Doctrina sobre el concepto de cadena de custodia

La doctrina ha estudiado el control y garantías de las pruebas perfilando conceptos de cadena de custodia de la prueba de forma individual sin que exista unanimidad entre los diferentes autores y sin que aborden la totalidad de las operaciones que la caracterizan, si bien aportan elementos comunes¹⁴¹ que nos han ayudado a componer una definición completa a la vez que necesaria sobre esta institución procesal.

Vamos a exponer algunas de estas definiciones diseñadas por la doctrina a las que adicionamos las adelantadas en el capítulo anterior¹⁴².

Hay autores¹⁴³ que definen la cadena de custodia como “el conjunto de medidas que se deben adoptar a fin de preservar la identidad e integridad de las muestras, huellas o vestigios que pueden ser fuente de prueba de la comisión de un delito, como requisito esencial para su posterior validez probatoria”.

Existe quien¹⁴⁴ la identifica con un procedimiento específico regulado por la norma procesal penal propio de países americanos, en donde “la cadena de custodia es un procedimiento establecido en la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba como documentos, muestras orgánicas e inorgánicas, armas de fuego, proyectiles, vainillas, armas blancas, estupefacientes y sus derivados,

¹⁴¹ GIANNELLI, Paul, “Chain of Custody”, Criminal Law Bulletin 32. Faculty Publication 1996. EVANS, Mary Margaret and STAGNER, Pamela a., “Maintaining the chain of custody evidence handling in forensic cases”, AORN Journal, Volume 78, Issue 4 October 2003. SCHIRO, G., “Louisiana State Police Crime Laboratory”. Volume 4 “Crime Scene Preservation Body Armor Legislation Accident Safety”, 15 August 2011. DUTELLE, ARIC W. “Criminal Investigation”, 4 Th Edition. Burlington – Massachusetts 01803 EEUU, 2013.

¹⁴² RICHAR GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal”, La Ley 8-11- 2013.

¹⁴³ OLMO DEL OLMO, J. A., “Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el ADN”, en La Prueba Judicial, La Ley, Madrid, 2011.

¹⁴⁴ ANGULO ARANA, P., “La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal. Lima (Perú), Gaceta Jurídica S.A. 2006, 175 p., citando a LOPEZ CALVO, Pedro y GOMEZ SILVA, Pedro 2000. Investigación Criminal y Criminalística. Bogotá, Colombia, Temis. 137 p.

etc.; entregados en los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial”.

Otro autor¹⁴⁵ la define como “el conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el fin de: a) Evitar la alteración y/o destrucción de los indicios materiales al momento o después de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense o presentado en el juicio, es lo mismo recabado o decomisado en el propio escenario del delito o en otro lugar relacionado con el hecho.

Desde un punto de vista de sucesión de etapas y sólo hasta la fase de análisis, otros¹⁴⁶ declaran que “la cadena de custodia se pretende desde el momento de la fijación o perennización de la escena, mediante técnicas adecuadas, según la naturaleza del suceso: acto seguido se inicia el recojo, etiquetado, rotulado y embalaje de cada evidencia física encontrada en el escenario del crimen y traslado físico al laboratorio para su análisis respectivo”.

Algunos¹⁴⁷ la identifican con las medidas tendentes a preservar muestras y huellas para que se constituyan en pruebas válidas, expresando que, “la llamada cadena de custodia es el conjunto de medidas que se deben adoptar a fin de preservar la identidad e integridad de las muestras, huellas o vestigios que pueden ser fuente de prueba de la comisión de un delito, como requisito esencial para su posterior validez probatoria”. También para garantizar la eficacia procesal de las

¹⁴⁵ CAMPOS CALDERÓN, F., “Cadena de Custodia de la Prueba”, 2002. Editorial Continental, San José, Costa Rica.

¹⁴⁶ MONTOYA CALLE, S., “Escena del Crimen en el Nuevo Proceso Penal Peruano”, Editorial San Marcos, Lima (Perú) 2012. PÁG. 256.

¹⁴⁷ OLMO DEL OLMO, J. A. “Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el ADN”, en La Prueba Judicial, La Ley, Madrid, 2011, págs. 150-152.

fuentes de prueba, definiéndola¹⁴⁸ como “el conjunto de medidas que se deben adoptar a fin de preservar la identidad e integridad de objetos o muestras que pueden ser fuente de prueba de hechos criminales, para garantizar así su total eficacia procesal”.

Algún diccionario jurídico¹⁴⁹ define la cadena de custodia en el proceso penal, como conjunto de diligencias, normalmente de carácter policial, mediante las cuales se identifica el cuerpo, los instrumentos o los efectos del delito, y a través de las cuales se refleja documentalmente el “íter” o proceso investigador al que aquellos son sometidos, de manera que queda garantizada la identidad entre el objeto inicialmente incautado o decomisado, y el finalmente identificado, que ha de servir como medio de prueba en el juicio oral.

También existe quien relaciona el procedimiento de cadena de custodia con normas de carácter legal. No estando esta acepción suficientemente justificada, salvo que las actuaciones de custodia se encuentren previamente recogidas en alguna norma, cosa que actualmente no existe en nuestro ordenamiento jurídico como ya hemos adelantado en este Capítulo. De este modo otro autor¹⁵⁰ la define como el “conjunto de normas o disposiciones con valor legal establecidas para garantizar la adecuada custodia de un indicio criminal durante todo su recorrido en la investigación, evitando su desaparición, destrucción, alteración o manipulación mediante la identificación permanente de todos aquellos que tengan contacto con el indicio”. De esta definición extraemos una aportación que consideramos muy necesaria para el concepto de cadena de custodia, como es la identificación de las personas que tienen algún contacto con las evidencias durante el procedimiento.

¹⁴⁸ DE LA ROSA CORTINA, M. “Algunas cuestiones sobre los delitos de pornografía infantil cometidos a través de la red. Enjuiciamiento. Impacto de la Directiva de 2011”. Centro de Estudios Jurídicos. 2012.

¹⁴⁹ FERNANDEZ MARTÍNEZ, J. M., Diccionario Jurídico Aranzadi, 6ª ed., 2012 pág. 126.

¹⁵⁰ OTÍN DEL CASTILLO, J.M., “En la escena del crimen”, Lex Nova, Valladolid 2011.

Hay quien diseña un concepto de cadena de custodia específico para un determinado tipo de indicio, como pueden ser los indicios digitales e informáticos¹⁵¹, definiéndola “como aquel procedimiento de supervisión técnico-legal que se emplea para determinar y precisar los indicios digitales afines al delito, desde el momento que se detectan y son denunciados, hasta que son valorados por los diferentes especialistas encargados de su análisis, normalmente peritos. Dicho procedimiento, tiene como finalidad, no viciar el manejo de los medios probatorios, y así evitar la manipulación, alteración, daños, reemplazos, contaminación o destrucción”.

En similar modo al anterior y por la especialidad de la prueba informática, donde algunas pruebas cruciales se destruyen en el momento en que se desconecta el dispositivo electrónico a la red, a la vez que permite duplicarse de forma exacta y fidedigna la prueba original, otro perito informático forense¹⁵² apoyándose en esta especialidad de la prueba describe que la cadena de custodia es “el protocolo de actuación relativo a la seguridad y manipulación que ha de seguirse durante el período de vida de una prueba, desde que ésta se consigue o se genera, hasta que se destruye o deja de ser necesaria”.

Sobre estas dos últimas definiciones debemos preguntarnos si el indicio físico o digital está afectado por la cadena de custodia, a lo que debemos responder que sí, pues el mismo aunque se transforme o incluso se destruya con su extracción, su resultado obtenido mediante análisis u otras técnicas periciales constituirá igualmente un indicio que deberá ser procesalmente garantizado como el indicio originario del que proviene mediante la correcta cadena de custodia de la prueba.

¹⁵¹ MESEGUER GONZÁLEZ, J. D., “La contaminación de la cadena de custodia invalida las pruebas periciales informáticas”, Revista El Derecho 25-06-2013.

¹⁵² GARCÍA MATEOS, J. A., “La cadena de custodia aplicada a la informática I”, Cuadernos técnicos 12-07-2013. Blog del Perito Informático Forense. <http://www.informaticoforense.eu/la-cadena-de-custodia-aplicada-a-la-informatica-ii/>.

Hay que destacar las aportaciones de un sector doctrinal¹⁵³ que basándose en manuales de policía científica, doctrina y jurisprudencia vienen a diseñar un concepto de cadena de custodia algo más elaborado, llegando a denominar la cadena de custodia como “hoja de ruta de la prueba”, donde cada persona que tiene contacto con la prueba se convierte en un eslabón garante de su resguardo. A este respecto centran su definición en documentar todos los pasos de este procedimiento fortaleciendo o dando mayor importancia al informe pericial último o resultados de los análisis, escribiendo en su obra que “la policía científica con el fin de asegurar que lo que se presenta ante los tribunales es lo mismo que lo hallado en el lugar del crimen, han ido elaborando unos protocolos de actuación internos, con el fin de documentar todas y cada una de las fases que recorre todo elemento probatorio, dejando constancia de cada uno de sus pasos, con el objetivo último de fortalecer lo que de ellos dictamine el experto en su informe pericial. A este proceder, es al que finalmente se ha dado valor jurídico y se conoce como cadena de custodia”.

Estos estudios¹⁵⁴ concluyeron en el año 2015 definiendo la cadena de custodia como “procedimiento documentado que garantiza la identidad, integridad y autenticidad de los restos, vestigios relacionados con los hechos objeto de la causa, de forma ininterrumpida desde su hallazgo hasta su aportación al proceso, siempre a disposición de la autoridad judicial competente”.

También es meritoria la definición aportada por algunos forenses¹⁵⁵ que llevan el control sobre las muestras hasta su destrucción o depósito más allá de la puesta a disposición a la autoridad judicial en el plenario, declaran así que “la

¹⁵³ FIGUEROA NAVARRO, C. y DEL AMO RODRIGUEZ, A. “La cadena de custodia de las pruebas y los protocolos de actuación de la policía científica”, Revista Policía Científica 2011, “100 años de ciencia al servicio de la Justicia”, ed. Ministerio del Interior, publicado por Administración General del Estado GE, págs. 318 a 321. También en “Aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, Revista La Ley nº 84, año 2011.

¹⁵⁴ FIGUEROA NAVARRO, C. “La cadena de custodia en el proceso penal”, pág. 23, Edisofer SL, Madrid 2015.

¹⁵⁵ FERNANDEZ DE SIMÓN, L., “La cadena de custodia en los análisis de identificación genética”, Servicio de Biología. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Departamento de Madrid 2012.

cadena de custodia se puede definir como el procedimiento establecido para documentar la historia cronológica de las muestras desde su recogida hasta su devolución, conservación o destrucción, con la finalidad de garantizar la integridad y autenticidad de las muestras y evitar, por tanto, su alteración, contaminación, sustitución o indebida manipulación”, siendo ampliada con posterioridad esta definición¹⁵⁶ como “procedimiento establecido para mantener y documentar la historia cronológica de las muestras dubitadas e indubitadas, desde su recogida hasta su devolución, destrucción o conservación. Con ellos se pretende garantizar la integridad y autenticidad de las muestras, acreditando que aquello que se somete a juicio de un Tribunal, es lo mismo que fue recogido y que no ha sido manipulado, sustituido o alterado”.

Alguna profesora¹⁵⁷ define el concepto de cadena de custodia vinculando el valor de la prueba a la ratificación del perito en juicio de conformidad con la LECRIM, declarando así que “la cadena de custodia es el procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las precauciones que se han tomado, no es posible el error o la *contaminación*, y así es posible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en el juicio, adquirirá el valor de prueba, lo que resulta de los arts. 326, 292, 770.3 y 338 LECRIM”. Del mismo modo los expresó anteriormente otro autor¹⁵⁸.

Existen pronunciamientos doctrinales en el plano internacional que si bien no definen la cadena de custodia si recogen los actos de recolección de las

¹⁵⁶ FERNANDEZ DE SIMÓN, L., y ALONSO ALONSO A., Boletín Galego de Medicina Legal e Forense, nº 20. Enero 2014.

¹⁵⁷ ÁLVAREZ DE NEYREA-KAPPLER, S. I., “La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas. Fiscal.es, Ponencia 28-05-2014, Madrid.

¹⁵⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal”, Diario La Ley, Nº 8213, 17 de Diciembre de 2013, y “La cadena de custodia”, Revista de Derecho Penal, número 38 (1/2013).

muestras, preservación, documentación y la importancia de mantenerla en el campo de la medicina legal y forense¹⁵⁹.

Finalmente, hay que destacar una definición que nos aporta frescura a la cadena de custodia por su estudio monográfico, pormenorizado y reciente de la misma¹⁶⁰, “llamamos cadena de custodia a la concatenación de actos de recogida, custodia y análisis de los vestigios obtenidos en el desarrollo de una investigación penal, realizados por personal cualificado con la diligencia debida para garantizar la indemnidad y la identidad entre vestigios aprehendidos y los que son la fuente de prueba sobre la que se lleva a cabo la actividad probatoria. La integridad de la cadena debe estar suficientemente documentada o poder ser acreditada mediante cualquier medio que fehacientemente manifieste que en ningún momento se ha producido una quiebra en esa conexión interna entre los diversos actos que la conforman”.

C) Jurisprudencia sobre el concepto de cadena de custodia

Una vez aportados las referencias doctrinales más actuales sobre el concepto de cadena de custodia de las pruebas, vamos a resumir los pronunciamientos que sobre esta definición ha realizado la jurisprudencia hasta la fecha actual y que nos han servido para concluir la definición, notas esenciales y naturaleza jurídica de la cadena de custodia.

De este modo la jurisprudencia más reciente del TC¹⁶¹ no registra un concepto de cadena de custodia, si bien de sus resoluciones se extraen características que debe cumplir la cadena de custodia de las muestras para no vulnerar el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), como son: la

¹⁵⁹ DEBRA G.B., LEONARD “Molecular Pathology in Clinical Practice”, 2007 Springer Science Business Media, LLC. New York (USA). BRUNS, DAVID S., ASHWOOD, EDWARD R., BURTIS, CARL A., “Fundamentals of Molecular Diagnostic”, 2007 Elsevier Health Science.

¹⁶⁰ GUTIERREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, ed. Aranzadi, SAU, 2016.

¹⁶¹ SSTC 43/2014 de 27 de marzo; 23/2014 de 13 de febrero; 16/2014 de 30 de enero; 15/2014 de 30 de enero; 14/2014 de 30 de enero; 13/2014 de 30 de enero; 199/2013 de 5 de diciembre y 12/2011 de 28 febrero.

continuidad, acreditación, conservación, regularidad, aseguramiento, preservación y verosimilitud de la prueba, elementos que hemos tenido en cuenta para definir la cadena de custodia de las pruebas.

Sin embargo a este respecto el TS¹⁶² sí adelanta definiciones sobre lo que constituye la cadena de custodia como garantía de la prueba. De este modo este Tribunal señaló que la función de esta institución procesal “es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la *mismidad* de la prueba”. De las que se deduce que nuestro TS ha acuñado el término de la “mismidad de la prueba” para definir los objetos, muestras, vestigios que integran la investigación penal, que deben ser los mismos e idénticos a lo largo de todo el proceso penal desde su inicio hasta que son analizados en el laboratorio o puestos a disposición judicial¹⁶³, destacando este alto Tribunal que “A la hora de identificar al objeto intervenido, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza, y en su caso, se destruye”¹⁶⁴.

También la Sala de lo Penal del TS¹⁶⁵ la define como las “formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen”, o como¹⁶⁶ “conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la

¹⁶² SSTs 6/2010 de 27 de enero, 1190/2009, de 3 diciembre, 2156/2012, de 12 de marzo y 607/2012 de 9 de julio. Auto TS 2197/2012, de 9 de febrero.

¹⁶³ LEAL MEDINA, J., “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión de las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, Diario La Ley, nº 8846 de 19 de octubre 2016. Ed. Wolters Kluwer.

¹⁶⁴ STS 676/2016, de 22 de julio.

¹⁶⁵ STS 629/2011, de 23-6-2011.

¹⁶⁶ STS 208/2014, de 10 de marzo.

conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba”.

Más recientemente las SSTS 587/2014 y 1097/2015, han afirmado que “la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial, son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial” y que sirve para “asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba”. También que la cadena de custodia “Constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias”¹⁶⁷.

Siguiendo a continuación con la jurisprudencia menor, algunas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Girona en 2005¹⁶⁸, sobre el tratamiento de las piezas de convicción de estupefacientes intervenidos por la policía a unos sospechosos, determinó que “la cadena de custodia se trata, de una figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico, con el fin de, en su caso, identificar en todo momento la unidad de la sustancia estupefaciente, pues al tener que pasar por diversos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la completa seguridad de que lo que se traslada, lo que se mide, lo que se pesa y lo que se analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el momento final en que se estudia y destruye”.

Esta definición se centra exclusivamente en la mismidad de la prueba, cuyo objetivo último es garantizar la corrección del recorrido que sigue todo vestigio

¹⁶⁷ STS 587/2014, de 18 de julio.

¹⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 230/2005, de 17 de marzo.

hasta convertirse en evidencia probatoria y, de este modo, acreditar que aquello sobre lo que recae la inmediación, oralidad, publicidad y contradicción de las partes y se somete a juicio del Tribunal es “lo mismo” que fue aprehendido, pudiendo afirmarse su falta de contaminación, sustitución, alteración o manipulación. Sin embargo da un gran paso en la definición de la misma, al identificar “cadena de custodia” como figura jurídica, al afirmar que “se trata de una realidad a la que se tiñe de valor jurídico”.

Así mismo una Sentencia de Audiencia Provincial de Huelva¹⁶⁹, identifica el procedimiento de cadena de custodia con el aseguramiento del objeto custodiado mediante el tracto sucesivo, expresando que “una correcta cadena de custodia ha de basarse en los principios de aseguramiento del tracto sucesivo del objeto custodiado desde su aprehensión hasta que se disponga su destino definitivo”.

Otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia¹⁷⁰ matiza sobre alguno de los aspectos esenciales que deben garantizarse con la cadena de custodia como es la indemnidad de la prueba, afirmando que la integridad de la cadena de custodia no se puede guiar por aspectos formales ligados a protocolos escritos y reglamentados (formularios de cadena de custodia y atestados), sino que el Juez para valorar la prueba, pueda acreditar por cualquier medio probatorio de cargo la indemnidad de la misma.

Para diseñar el concepto de cadena de custodia apoyándonos en las resoluciones jurisprudenciales analizadas, debemos completar éstas con el análisis que una autora¹⁷¹ también realizó sobre la jurisprudencia existente, extrayendo de ésta unos rasgos principales que configuran el concepto de cadena de custodia y que resumimos en: “es una figura tomada de la realidad jurídica;

¹⁶⁹ SAP Huelva, de 25 de junio de 2007 (Sección 1ª).

¹⁷⁰ SAP Valencia, 310/2015, de 30 de marzo.

¹⁷¹ GUTIERREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, ed. Aranzadi, SAU, 2016. págs. 31 a 42.

este proceso tiene que constar en registros documentales o de otro tipo, sin que por ello suponga una excesiva burocratización; se trata de un presupuesto de fiabilidad y no de validez; tiene carácter instrumental; y la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno”.

Además de las aportaciones extraídas de algunas normas, doctrina y jurisprudencia sobre el concepto y elementos de la cadena de custodia de las pruebas expuestas, también hemos tenido en cuenta un elemento esencial y necesario como es el requisito de que las muestras se encuentren en todo momento “*custodiadas o vigiladas*”, o sea, cuando la evidencia se halla bajo posesión u observación de una persona física idónea, o guardada en un lugar seguro y accesible sólo a personas autorizadas para su manipulación, por lo que cualquier evidencia fuera de este alcance físico o custodia¹⁷², quedaría ajena al concepto de cadena de custodia y por ende podría declararse la nulidad de esta prueba.

3. Naturaleza jurídica de la cadena de custodia de las pruebas

Para comprender la naturaleza jurídica de la cadena de custodia debemos partir de su definición, concretamente de su esencia¹⁷³ o parte invariable como es, el procedimiento de control de las pruebas. De lo que deducimos que la cadena de custodia posee una naturaleza procesal de garantía de la prueba, o institución procesal de control-garantía de la prueba.

Para comprender la naturaleza jurídica de la cadena de custodia, debemos partir de su relación estrecha con la prueba misma, la cual en lenguaje común se

¹⁷² Según la Real Academia de la Lengua española (RAE), Custodia es sinónimo de Conservación, Guarda, Vigilancia, Cuidado, Defensa, Depósito, Preservación, Protección o Tutela.

¹⁷³ AQUINO, TOMÁS DE., “Del ente y de la esencia. Del reino”. Traducción de Luís Lituma P. y Alberto Wagner de Reyna. 1ª edición 2003. Ed. Losada, en el siglo XIII Santo Tomás De Aquino postuló sobre la naturaleza de las cosas, que designa aquello que significa la definición, empleando indistintamente los vocablos quiddidad, esencia y naturaleza.

utiliza como comprobación de la verdad de una afirmación, y no debe confundirse con el procedimiento empleado para la verificación de la proposición, como dijo algún autor¹⁷⁴.

También Jeremías Bentham¹⁷⁵ matiza a este respecto que la prueba es un hecho supuestamente verdadero que sirve de fundamento para demostrar la existencia o inexistencia de otro hecho. Agrega que toda decisión fundada en una prueba opera como una conclusión; y que este procedimiento funciona en diversos aspectos de la vida, aún cuando no se esté ante un procedimiento judicial. Sin embargo, para otros¹⁷⁶ la “naturaleza jurídica de una institución estriba en los procedimientos técnicos, en las categorías jurídicas por cuya mediación el derecho realiza y sanciona la idea general que a esa institución sirve por principio”.

Siguiendo a nuestra norma fundamental sobre el derecho a utilizar los medios de prueba, la naturaleza jurídica de la cadena de custodia de la prueba estaría relacionada con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en similar sintonía a las constituciones iberoamericanas suscritas al Pacto de San José de Costa Rica en 1969¹⁷⁷, que parten de la conclusión de que la protección de la cadena de custodia forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías¹⁷⁸, incorporándolo a

¹⁷⁴ CARNELUTTI, F., “La Prueba Civil” 1915. Ediciones Depalma; 2ª edición, Buenos Aires 1982. Pág. 38.

¹⁷⁵ BENTHAM, J., “Tratado de las pruebas judiciales”. Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2002. Pág 11.

¹⁷⁶ PASQUIER CLAUDE DU., “Introduction á la théorie générale et a la philosophie du Droit. 1942”, Neuchatel-Paris, Delachaux, 1948, 8º.

¹⁷⁷ Convención sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José (Costa Rica), el 7 al 22 noviembre 1969, con 21 países ratificados en el Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁷⁸ El art. 8 del Pacto de San José, dice “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

sus códigos procesales penales y que entronca con un derecho humano de carácter procesal, reconocido universalmente¹⁷⁹.

En similar modo y a este respecto nuestro TC¹⁸⁰ ha matizado que este derecho debe configurarse desde su vertiente procesal penal como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas y a un proceso con todas las garantías, lo que implica que exista una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, referida a todos los elementos esenciales del delito y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen, y que de esta prueba se infiera razonablemente la participación del acusado en los hechos.

Todos los enunciados anteriormente esbozados nos conducen a incidir en que la naturaleza jurídica de la cadena de custodia, está formada por una institución procesal de garantía-control de la prueba, que se constituye con las características propias de la prueba dentro del proceso, como sería la de conseguir la verdad real sin interferencias que pudiesen dar lugar a la nulidad o irregularidad de prueba por anomalías en su manipulación y control.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN

1. Concepto y notas esenciales de la cadena de custodia de las pruebas de ADN

En el apartado anterior hemos expuesto el concepto, notas esenciales y naturaleza jurídica de la cadena de custodia de las pruebas con carácter general, constituyendo así la cadena de custodia una garantía-control de la prueba en el proceso penal, siendo necesaria que su definición se plasme en una norma legal,

¹⁷⁹ DOLZ LAGO, M. J., “La regulación normativa de la cadena en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015. Pág. 197.

¹⁸⁰ SSTC 31/1981; 222/2001; 219/2002, 56/2003, 52/2010.

al objeto de dar seguridad jurídica a esta institución, evitando que el mismo se erija en un simple enunciado no vinculante y carente de valor jurídico.

De este modo consideramos que la cadena de custodia de las pruebas de ADN es el *“procedimiento de garantía-control de la prueba de ADN, de tracto sucesivo y documentado de forma personal, que se aplica a los vestigios biológicos relacionados con el delito, en cuatro fases que son: primera, localización, hallazgo y recogida, segunda, análisis, tercera, tratamiento, y cuarta, puesta a disposición judicial para su valoración, depósito o destrucción, ajustando este procedimiento a criterios de licitud y fiabilidad, evitando en todo momento su contaminación y deterioro, de forma que permita siempre la verosimilitud de esta prueba de ADN en el proceso penal”*.

Una vez reseñado el concepto de cadena de custodia de las pruebas de ADN, pasamos a resumir las notas esenciales o características específicas de estas pruebas respecto del resto de pruebas de las que existen algunas diferencias, como son que;

a) Las pruebas de ADN podrían revelar amplias características o cualidades físicas de la persona sometida, distintas de la simple identificación por comparación, pudiendo vulnerar su intimidad, lo que provoca que esta prueba deba realizarse con un mayor control y seguridad que el resto de pruebas periciales reseñadas.

b) La prueba de ADN entendida ésta como herramienta forense para identificar individuos o “huella genética”, requerirá del hallazgo de muestras biológicas recogidas tanto del lugar del crimen, como de los instrumentos del delito, cuerpo de la víctima o del autor, siéndole de aplicación lo regulado en la LECRIM sobre recogida, custodia, examen y análisis de restos orgánicos (arts. 282, 326, 334, 338, 363, 479, 770.3^a, 796.1.6^a y 7^a.2).

c) El ADN extraído de restos biológicos está sujeto a un análisis químico cuyo resultado de identificación será plasmado en un posterior informe pericial, que será presentado al Juez como prueba de cargo o de descargo, con las únicas prevenciones legales de ser autorizado su análisis por el Juez mediante resolución motivada (art. 363 LECRIM) y en condiciones que se garantice su autenticidad (arts.326.3º LECRIM) o mejor aún en condiciones que garanticen su integridad, autenticidad e inalterabilidad, como previenen los borradores de Código Procesal Penal para la cadena de custodia en general (arts. 262.2 CPP 2011, 84.1 y 287.1 CPP 2013), incluyendo la posibilidad de realizarse los análisis para obtener los perfiles de ADN si media el consentimiento del afectado (art. 263.1 CPP de 2011).

d) La prueba de ADN está presidida por el criterio científico de fiabilidad y será realizada en diferentes fases como son la recogida, análisis del perfil de ADN, tratamiento del dato de ADN y remisión del resultado o informe pericial al juzgado¹⁸¹.

e) Tanto las muestras orgánicas como sus informes periciales¹⁸² producto del análisis químico que revelarán la identificación de una persona al determinar su perfil de ADN, deben ser igualmente controlados y garantizados mediante la correcta cadena de custodia, pues los informes periciales también pueden ser objeto de alteración, sustitución o manipulación viciando el fin de la prueba, independientemente de la prevención legal de conservar los peritos parte de los objetos que analicen (art. 479 LECRIM).

f) Aunque la *fiabilidad* en el empleo de medios técnicos y científicos correctos para analizar muestras y elaborar informes periciales finales es una característica esencial de la cadena de custodia, lo debe de ser aún más para las

¹⁸¹ CABEZUDO BAJO, M. J., “La obtención transfronteriza de las pruebas de ADN”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 40. Madrid, septiembre de 2011.

¹⁸² GIMENO SENDRA, V., “Derecho Procesal Penal”, Colex 2014. Los Informes del INTCF, Médico Forense y de Policía Científica como prueba documental al amparo de los arts. 788.2, 326, 323 y 363 LECRIM, con valor de prueba preconstituida (SSTC 17/02/2003 y 26/06/2003).

pruebas de ADN, pues de su correcto y eficaz tratamiento pueden derivarse efectos no sólo para la eficacia de la prueba, sino también para intimidad de las personas, máxime cuando los datos de identificación mediante ADN pasarán por imperativo legal¹⁸³ a formar parte de una base de datos policial en supuestos de investigación, averiguación de delitos, identificación de cadáveres y averiguación de personas desaparecidas.

De este modo los medios técnicos y científicos empleados deben estar orientados a conseguir un adecuado análisis de las muestras de ADN, obteniéndose en un laboratorio homologado el perfil o código alfabético o numérico que representa las cualidades identificativas de la parte no codificante de una muestra de ADN¹⁸⁴ y cuyo tratamiento posterior en una base de datos perfectamente garantizada permita la verosimilitud de la prueba en el proceso penal.

g) También debemos de tener presente que esta prueba permite la obtención de muestras de ADN con dos tipos de perfiles, uno identificado o huella genética *indubitada*, esto es, aquella tomada del cuerpo del imputado, y otro el perfil no identificado o huella genética *dubitada*, que está abandonada en la escena del crimen y que en el supuesto de que no coincidiesen con las muestras tomados al imputado, sólo deberán utilizarse como prueba de descargo en causas criminales¹⁸⁵.

¹⁸³ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (art. 1).

¹⁸⁴ LO 10/2007 en su art. 4 dispone que “Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo”, lo que se ha denominado parte no codificante del ADN.

¹⁸⁵ No fue tomada como prueba de descargo la extracción del perfil genético de una colilla hallada en el lugar de los hechos, como prueba genética dubitada, en el caso Rocío Wanninkhof, donde Dña. María Dolores aún existiendo colillas con ADN en la escena del crimen distinto al suyo, fue condenada sobre veredicto de culpabilidad de un Jurado Popular por la Audiencia Provincial de Málaga el 25/09/2001 y posteriormente absuelta en febrero de 2002 por el TSJ de Andalucía.

Para llegar a este concepto hemos tenido en cuenta las notas esenciales expresadas para las pruebas en general y además las singularidades de las pruebas de ADN en particular, así como la doctrina más especializada¹⁸⁶.

Así, la singularidad o especialidad de las pruebas de ADN, requiere de un análisis pericial más exhaustivo que otro tipo de pruebas como alcoholemia, drogas, balística, etc., necesitando un procedimiento tendente a extraer un perfil genético de unas muestras biológicas, no siempre conservables en el tiempo, pudiendo ser las muestras desechadas o consumidas totalmente en las operaciones de análisis, lo que dificultaría su contraanálisis y contradicción de esta prueba en la vista judicial.

Respecto a las diferencias que la prueba de ADN posee respecto de otro tipo de pruebas, como es el resultado obtenido en su análisis o perfiles de ADN, hay que destacar que no son pruebas concluyentes cien por cien, debido a la utilización de un número limitado de marcadores de contraste para identificar una persona, constituyendo de este modo una prueba pericial de probabilidad sujeta a contradicción¹⁸⁷, o como mejor lo expresa otra autora¹⁸⁸, al declarar que los resultados que arrojan estas pericias, son cálculos probabilísticos, que, en modo alguno, por sí solos, pueden hacer prueba plena, siendo el Juez el que tiene que valorar, en última instancia, y teniendo en cuenta otros indicios o pruebas concurrentes, el valor que se le puede llegar a dar a este tipo de pericias.

2. Naturaleza jurídica de la cadena de custodia a las pruebas de ADN

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ DE SIMÓN L. y ALONSO A., “Estándares de toma de muestras con intervención corporal para estudios en genética forense”. Boletín Galego de Medicina Legal e Forense nº 20. Enero 2014. pág. 18, define la cadena de custodia de las muestras de ADN como “el procedimiento establecido para mantener y documentar la historia cronológica de las muestras dubitadas e indubitadas, desde su recogida hasta su devolución, destrucción o conservación. Con ello se pretende garantizar la integridad y autenticidad de las muestras, acreditando que aquello que se somete a juicio de un Tribunal, es lo mismo que fue recogido y que no ha sido manipulado, sustituido o alterado”.

¹⁸⁷ STS 1007/2007, de 23 de noviembre.

¹⁸⁸ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. I., “La prueba por marcadores de ADN”, Fiscal.es. Ponencia 22 de mayo de 2013, Madrid.

Una vez formulado el concepto de cadena de custodia de las pruebas de ADN, debemos matizar su naturaleza jurídica, para ello retomamos la naturaleza jurídica de esta institución procesal con carácter general¹⁸⁹ y sobre ésta expondremos las especificidades propias de la prueba de ADN.

Como expusimos anteriormente la naturaleza jurídica de la cadena de custodia de la prueba como institución procesal, está relacionada con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en nuestra Constitución (art. 24.2), siendo de aplicación igualmente a la prueba de ADN. Así lo ha reconocido nuestro TC¹⁹⁰ al afirmar que este derecho debe configurarse desde su vertiente procesal penal como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas y a un proceso con todas las garantías, lo que implica que exista una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, referida a todos los elementos esenciales del delito y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen, y que de esta prueba se infiera razonablemente la participación del acusado en los hechos.

La cadena de custodia de las pruebas de ADN tiene naturaleza jurídica pericial por requerir para su análisis y tratamiento de conocimientos científicos y técnicos específicos conforme previene la LECRIM (arts. 456 en relación con el 326.3º)¹⁹¹, y que también reconoce la jurisprudencia del TS¹⁹².

¹⁸⁹ Up supra (24), “La naturaleza jurídica de la cadena de custodia, está formada por una institución procesal de garantía-control de la prueba, que se constituye con las características propias de la prueba dentro del proceso, como sería la de conseguir la verdad real sin interferencias que pudiesen dar lugar a la nulidad o irregularidad de prueba por anomalías en su manipulación y control”.

¹⁹⁰ SSTC 31/1981; 222/2001; 219/2002, 56/2003, 52/2010.

¹⁹¹ Art. 456 LECRIM “El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”.

¹⁹² STS de 13 de julio de 1992 resuelve un recurso de casación por quebrantamiento de forma (art 850. 1 LECRIM) por haber denegado “la prueba pericial consistente en la comparecencia en el juicio oral de los técnicos especialistas del INTCF sobre métodos científicos de investigación de la paternidad y de la huella genética “. Del mismo modo la STS de 24 de febrero de 1995.

Esta naturaleza jurídica pericial de la cadena de custodia de las pruebas de ADN se traduce en un instrumento de garantía-control sobre la prueba de ADN, asegurando que la misma se ha obtenido de forma lícita y lo más fiable posible a lo largo de todas las fases de la cadena de custodia, en las que se recaba progresivamente la prueba de ADN, como son la obtención de la muestra, el análisis de su perfil en el laboratorio, el tratamiento del dato de ADN en la base de datos policial, entrega al Juzgado y depósito o destrucción.

Como hemos afirmado la prueba pericial de ADN controlada mediante la cadena de custodia, debe servir para garantizar dicha prueba bajo criterios de licitud y fiabilidad, por lo que para cumplir correctamente dicho tratamiento jurídico de la cadena de custodia deberá estar suficientemente regulado en una norma específica de carácter procesal.

III. FINALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN

Tras determinar el concepto y naturaleza jurídica de la cadena de custodia de la prueba de ADN, sólo nos queda exponer la finalidad de la cadena de custodia, continuando con posterioridad con las correspondientes fases que abordaremos en los siguientes capítulos de esta tesis.

Dicho fin de la cadena de custodia de la prueba de ADN, consiste en lograr un correcto procedimiento de garantía-control que asegure las muestras biológicas y perfiles de ADN que se constituirán como prueba de cargo o descargo en el proceso penal, debiendo introducirse en el procedimiento con todas las garantías de licitud y fiabilidad.

Estas garantías procesales de la cadena de custodia deben servir para identificar y en su caso subsanar cualquier anomalía en el tratamiento de las muestras de ADN, evitando la incorrecta manipulación, contaminación,

alteración, sustitución, deterioro o destrucción, de forma que permitan siempre la verosimilitud de la prueba de ADN en el proceso penal.

Debemos destacar que no podríamos hablar de correcta cadena de custodia de la prueba de ADN, si el resultado de ésta no sirviera para determinar la inocencia o culpabilidad de una persona en un procedimiento penal, el cual siempre estaría supeditado al derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en nuestra Constitución (art. 24.2 CE).

A este respecto nuestro TC¹⁹³ ha matizado que este derecho debe configurarse desde su vertiente procesal penal como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, referida a todos los elementos esenciales del delito y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen, y que de esta prueba se infiera razonablemente la participación del acusado en los hechos.

En similar modo al pronunciamiento anterior, debemos afirmar que de la prueba de ADN que se practique en su día, deberá proporcionar la identificación de una persona y la posibilidad de poder acreditar o descartar la participación de la misma en un hecho delictivo investigado, pues como ha declarado nuestro TC “la culpabilidad ha de quedar plenamente probada y motivada”¹⁹⁴.

Con el fin de poder sustentar con las pruebas el hecho probado, y mostrar la culpabilidad o inocencia del presunto autor, es preciso aportarlas al proceso penal y para ello primero hay que encontrarlas, y sucesivamente conservarlas, transportarlas, analizarlas y remitirlas al órgano judicial, a través del procedimiento que garantiza y controla la mismidad de la prueba o cadena de custodia, la cual debe de estructurarse de una forma cronológica y sistemática a

¹⁹³ SSTC 31/1981; 222/2001; 219/2002, 56/2003, 52/2010.

¹⁹⁴ STC 145/2005, de 6 de junio.

lo largo de un proceso sucesivo que hemos denominado Fases de la Cadena de Custodia.

Como ha dicho en multitud de ocasiones nuestro TS¹⁹⁵ el problema que plantea la cadena de custodia es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes en la vista es lo mismo. Por lo que será a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisfará la garantía de la "mismidad" de la prueba.

De este modo si el procedimiento de garantía-control de la prueba de ADN no fuese el correcto podría provocar la nulidad de la prueba o cuanto menos no tenida en cuenta por el Tribunal, por lo que para evitar la invalidez de la prueba, la cadena de custodia debe realizarse de una forma ordenada y sistemática garantizándose su correcta trayectoria desde el descubrimiento de las muestras hasta su remisión al juzgado, procedimiento que debe materializarse en las distintas Fases, donde cada una de estas fases debe ser analizada individualmente bajo estrictos criterios de licitud y fiabilidad¹⁹⁶.

Para determinar las diferentes fases de la cadena de custodia, debemos de nuevo recordar la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico, en especial la LECRIM actual, así como apoyándonos en las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la cadena de custodia.

Debemos comenzar matizando que la LECRIM aún no se ha adaptado al actual panorama procesal, propiciado por el vertiginoso avance científico y tecnológico, que se acentúa en algunas fases de la cadena de custodia como la obtención y análisis de las muestras biológicas de ADN, sobre las que la doctrina

¹⁹⁵ SSTs 6/2010; 776/2011; 1045/2011.

¹⁹⁶ CABEZUDO BAJO, M.J., "El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito". Ed. La Ley, junio 2012.

destaca la importancia de que se garantice la incolumidad de la cadena de custodia, referida al aseguramiento, identidad, conservación y custodia de las muestras¹⁹⁷.

La LECRIM encomienda la función de recabar las pruebas del delito a la Policía Judicial bajo la supervisión del Juez Instructor y Fiscal en el procedimiento abreviado (arts. 770.3 y 778.3 LECRIM¹⁹⁸), directamente en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 796.6 LECRIM).

Tras la reforma de 2003¹⁹⁹ dentro de la regulación del Sumario (art. 326.3º LECRIM), se ordena tanto a la Policía Judicial como al Médico Forense que adopten las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras que pusieran de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282 LECRIM para la Policía Judicial²⁰⁰, en su dependencia de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal²⁰¹. Siendo en estas funciones donde debe desplegarse la adecuada corrección de la cadena de custodia de las pruebas de ADN.

¹⁹⁷ ROMERO CASABONA, C. M., "Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español". Estudios de Derecho Judicial, nº 58, 2004, págs. 87 y ss. LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T. "Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal", en Genética y Derecho, Estudios de Derecho Judicial, nº 36, 2001, pág. 23.

¹⁹⁸ Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma parcial de la LECRIM, sobre el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

¹⁹⁹ Modificación del art. 326.3º LECRIM por D.F. 1ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

²⁰⁰ Art. 282.1 LECRIM señala que la Policía Judicial debe poner a disposición del Juez de instrucción, los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro.

²⁰¹ El artículo 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", así el artículo 548 LOPJ señala que el Juez podrá impartir a la Policía Judicial órdenes para "que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad".

Sin perjuicio del reconocimiento que la LECRIM hace a la Policía Judicial y Médico Forense de recoger, custodiar y enviar muestras para análisis, esta ley no hace alusión de forma expresa a las *Fases de la Cadena de Custodia de ADN* tal y como reconoce parte de la doctrina²⁰², por lo que debemos deducirla del articulado reseñado, al entender que se encuentra implícitamente reconocida, así como en preceptos normativos de ámbito nacional e internacional a los que nos referiremos a continuación.

Tampoco los anteproyectos de Código Procesal Penal de 2011 ni 2013, hacen alusión a las fases de la cadena de custodia de una forma expresa, pero si podríamos extraer de forma implícita el reconocimiento de su existencia en la toma de muestras y obtención de perfiles de ADN (arts. 262 a 263 CPP 2011 y 287 a 288 CPP 2013), y análisis de ADN (art. 266 CPP 2011), sin que de su regulación podamos extraer un adecuado proceder en las distintas fases de la cadena de custodia, al objeto de poderlo introducir en futuros textos normativos procesales.

Con el estudio y observación de cada una de las fases de la cadena de custodia, pretendemos establecer el mejor procedimiento de control y garantía de las pruebas de ADN, teniendo en cuenta para conseguirlo los avances tecnológicos y científicos, el respeto de los derechos fundamentales y resto de garantías legales, adecuándolos en todo momento a criterios de licitud y fiabilidad.

Para conseguir el fin de la cadena de custodia de lograr la garantía-control en la correcta obtención progresiva de la prueba de ADN, siguiendo estudios avanzados de expertos en genética forense²⁰³, que recogen que la prueba de ADN

²⁰² ROMERO CASABONA, C. M., "Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español". Estudios de Derecho Judicial, nº 58, 2004, págs. 87 y ss.

²⁰³ CABEZUDO BAJO, M.J., "El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito". Ed. La Ley, junio 2012. ROMERO CASABONA, C. M., "Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español". Estudios de Derecho Judicial, nº 58, 2004, págs. 87 y ss.

se realiza sobre tres fases, siendo éstas de Obtención de la muestra de ADN, Análisis del perfil de ADN y de Tratamiento del dato obtenido, en donde cada una de ellas se ha de obtener la muestra, el perfil y el dato lo más lícito y fiable posible. A estas tres fases aportadas por la doctrina reseñada hemos considerado necesario incluir una cuarta fase como es la fase de Remisión al Juzgado, Depósito y Destrucción de las muestras, en la que igualmente habrá de concurrir los dos requisitos de licitud y fiabilidad reseñados.

Pues bien, teniendo en cuenta el carácter instrumental que la cadena de custodia posee respecto de la prueba de ADN, habrá de constituir un mecanismo para garantizar y en su caso controlar la prueba en cada una de sus fases o íter probatorio, de manera que se obtengan de forma lícita y lo más fiable posible.

Así pues, para garantizar la verosimilitud de las pruebas de ADN es necesario que el íter probatorio se realice en las cuatro fases de la cadena de custodia desde que se recogen las muestras biológicas, se analizan, se entregan los resultados a la autoridad judicial y finalmente se depositan o destruyen, las cuales serán abordadas en los siguientes capítulos de esta tesis, correspondiendo el Capítulo III a la fase de obtención y transporte, el Capítulo IV a la fase de análisis de los perfiles de ADN, el Capítulo V al tratamiento del dato genético y VI sobre remisión al Juzgado y depósito de las pruebas de ADN.

CAPITULO III

LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE OBTENCIÓN DE LA MUESTRA DE ADN

Una vez desarrollado el necesario concepto y naturaleza jurídica de la cadena de custodia de la prueba de ADN y al objeto de conseguir una adecuada regulación sobre la misma, debemos exponer de forma independiente y ordenada cómo debe realizarse la cadena de custodia en cada una de las cuatro fases señaladas, correspondiendo la primera a la fase de obtención de la muestra de ADN, la cual pasaremos a analizar a continuación.

En esta primera fase hay que distinguir a su vez tres subfases al objeto de poder realizar un exhaustivo y pormenorizado estudio sobre cómo debe de efectuarse la correcta obtención de las muestras de ADN controladas mediante la cadena de custodia, siendo la primera subfase la localización, hallazgo y recogida de muestras, la segunda su preservación y embalaje y la tercera el transporte de las mismas hasta los laboratorios donde serán analizadas.

Debemos destacar que la fase de obtención de las muestras de ADN en la cadena de custodia, es la primera operación y quizás la más importante para lograr finalmente la eficacia probatoria, por lo que estas actuaciones deben realizarse de forma lícita y fiable, llevándose a cabo en diferentes etapas o tiempos sucesivos, con el objetivo que en un futuro próximo sean plasmadas en una norma específica sobre la cadena de custodia de las muestras y especialmente de las muestras de ADN.

I. LOCALIZACIÓN, HALLAZGO Y RECOGIDA DE MUESTRAS EN LA CADENA DE CUSTODIA

Como hemos adelantado, en la fase de obtención de las muestras de ADN en la cadena de custodia se distinguen tres subfases, siendo éstas la localización, hallazgo y recogida de muestras, la segunda la preservación y embalaje y la tercera el transporte de las mismas hasta los laboratorios donde serán analizadas.

A continuación, vamos a exponer los enunciados de la localización, hallazgo y recogida de muestras como primera subfase de la fase de obtención de las muestras de ADN, controladas éstas mediante la cadena de custodia, de manera que se obtengan de forma lícita y lo más fiable posible, contribuyendo a conseguir una futura regulación sobre la cadena de custodia.

Para conseguir este último objetivo extrayendo los enunciados más interesantes sobre la cadena de custodia de las muestras, vamos a partir definiendo los conceptos de localización, hallazgo y recogida de muestras (1), pasando por identificar las deficiencias observadas en la LECRIM (2), en la

regulación de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico (3), revisando manuales de Policía Judicial (4) y finalmente observando las recomendaciones que sobre recogida y obtención de muestras de ADN realiza el GHEP-ISFG de la Sociedad Internacional de Genética Forense (5).

1. Definición de localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia

Para conseguir el objetivo marcado en esta fase de la cadena de custodia de las muestras, debemos conocer lo que se entiende por localización, hallazgo y recogida de muestras, así como destacar la ausencia de normativa expresa que los defina.

A falta de unos términos jurídicos más específicos a continuación vamos a exponer el significado de localización, hallazgo y recogida de muestras según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE).

En primer lugar el término *localizar* se define como “fijar en límites determinados, averiguar o determinar el lugar y señalar el emplazamiento de una persona o cosa”, en segundo lugar la expresión *hallazgo* como “descubrir con ingenio algo hasta entonces desconocido, así como descubrir la verdad de algo”, hay que destacar que del artículo 615 del Código Civil, define el hallazgo como “encuentro casual de una cosa mueble ajena que no sea tesoro oculto” en los mismos términos que en la cuarta acepción del diccionario de la RAE.

Finalmente, el término *recogida* es definido como “volver a coger, tomar por segunda vez una cosa o coger algo que se ha caído”.

Estos conceptos constituyen las acepciones más comunes de lo que describiremos como primera etapa dentro de la primera fase de la cadena de custodia de las pruebas. Así los términos hallazgo, localización y recogida de las muestras de ADN para ser utilizadas como pruebas en un proceso judicial, nos permite definir esta primera fase de la cadena de custodia como procedimiento

inicial de investigación encadenado, continuo y sin interrupción, de recogida de todo vestigio o muestra aparentemente oculta, señalizando e identificando el lugar y persona que realiza el hallazgo, empleando para ello todos los medios y técnicas que permitan los avances tecnológicos.

Junto con estas definiciones queremos destacar la importancia que le ha dado la jurisprudencia a estas actuaciones, en este sentido, el TS²⁰⁴ ha señalado que la ausencia de determinados datos como la identificación del perito o primer agente de policía que localizó la muestra, constituiría que la prueba pericial no pueda ser verosímil y se podría llegar a la descalificación total de la pericia al no ofrecer la cadena de custodia ninguna garantía de la “mismidad”, debiendo entenderse que nadie se ha hecho responsable del objeto hallado, es decir, que es verosímil que la prueba haya podido estar en manos de cualquiera²⁰⁵.

De este modo la jurisprudencia le da un valor esencial al hallazgo de las muestras y más concretamente a la identificación de la muestra y a la persona que la recogió en el lugar de los hechos. Donde la ausencia de estos requisitos de identificación podría dar lugar a que la prueba pericial pueda ser nula, descalificándose la misma al no garantizarse la cadena de custodia, pues dicha prueba pudo haber estado en manos de cualquiera, o haber sido contaminada, modificada, adulterada o en el peor de los casos no corresponderse con la que se encontró en el lugar de los hechos, atentando gravemente al principio de *mismidad de la prueba*²⁰⁶, o sea, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo, lo que sólo se garantizará mediante la corrección de la cadena de custodia de las muestras obtenidas desde su origen hasta el juicio oral.

2. Deficiente regulación en la LECRIM sobre localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia

²⁰⁴ SSTs 501/2005, de 19 de abril y 53/2011, de 10 de febrero.

²⁰⁵ STS 53/2011, de 10 de febrero.

²⁰⁶ SSTs 1190/2009, de 3 diciembre, 2156/2012, de 12 de marzo y 607/2012 de 9 de julio.

Una vez visto el concepto e importancia de las etapas de localización, hallazgo y recogida de las muestras dentro de la primera subfase de la fase de obtención de las muestras, hay que señalar la específica regulación que nuestra ley procesal criminal hace sobre las mismas, así como las deficiencias observadas al objeto de mejorar el control de las muestras mediante la cadena de custodia.

Los avances de la ciencia forense han ido haciendo posible que el examen correcto de la escena del crimen sea cada vez más importante a la hora de determinar el hecho y los partícipes en el mismo. Para ello la localización, hallazgo y recogida de las pruebas del delito son esenciales y determinantes en la actividad probatoria.

De este modo la LECRIM regula las funciones de localización, hallazgo, recogida y custodia de las piezas de convicción, ordenada de acuerdo con los diferentes sujetos que intervienen en una investigación y procedimiento criminal, como son el Juez, Abogado de Justicia, Policía Judicial y Peritos, que requieren la necesidad de una regulación más armónica y sistemática sobre estas etapas iniciales de localización, hallazgo y recogida de las muestras como actos de investigación y que a través de diferentes reformas de la LECRIM se ha ido dando cada vez más importancia a los aspectos periciales que habrían de recaer sobre distintos objetos relacionados con el delito.

La LECRIM actual ha ido evolucionando hacia una mayor delegación de funciones en la recogida y custodia de la prueba en las personas preparadas para investigar el delito, como son la Policía Judicial y los Peritos Forenses, regulando muy someramente todo lo referente al hallazgo y localización de muestras como actos previos a su recogida y siempre dentro del capítulo de la inspección ocular y cuerpo del delito del sumario.

A este respecto y específicamente sobre la recogida del cuerpo del delito el artículo 334.1 LECRIM establece que el Juez ordenará a la Policía Judicial²⁰⁷ recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos y efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió el delito, bajo diligencia del Abogado de Justicia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontrasen, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo. En similares términos se pronuncia el artículo 770.3ª LECRIM dentro del procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos, ordenando a la Policía Judicial la recogida y custodia de los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial²⁰⁸.

También los artículos 326.2, 327, 328, 330, 334 y 338 LECRIM prevén de una forma más detallada que el Juez hará consignar en autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, levantando el plano del lugar suficientemente detallado, vestigios que hayan quedado del delito garantizándose su integridad y conservación, y para el supuesto de no haber quedado huellas o vestigios, el Juez averiguará y hará constar, siendo posible, si la desaparición de las pruebas materiales ha ocurrido natural, casual o intencionalmente, y las causas de la misma o medios que para ello se hubieren empleado.

De esta forma se expresa el artículo 326.3 LECRIM²⁰⁹, precepto similar al artículo 778.3 del procedimiento abreviado, que previene que el Juez podrá

²⁰⁷ Art. 282.1º LECRIM sobre la obligaciones de la Policía Judicial de averiguación de los delitos públicos, se encomienda "...recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolas a disposición de la autoridad judicial".

²⁰⁸ Artículo 770.3ª LECRIM ordena a la Policía Judicial que acuda de inmediato al lugar de los hechos y practique las diligencias de recogida y custodia de los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

²⁰⁹ Artículo 326.3 LECRIM, dice que "Cuando se pusiere de manifiesto huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiese contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de instrucción adoptará u

acordar que por la Policía Judicial o el Médico Forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, y de forma más específica acordará la obtención de muestras biológicas del sospechoso para determinar el perfil de ADN en el curso de una investigación judicial de conformidad con el artículo 363 LECRIM dentro del procedimiento de Sumario.

De los anteriores enunciados se deduce que sobre la recogida de muestras la LECRIM establece una amplia variedad de preceptos normándolos de una forma dispersa, incompleta y reiterativa que pone de manifiesto una deficiente regulación al no definir el modo, los medios y forma en que deben realizarse estas operaciones, limitándose a ordenar a la Policía Judicial o Médico Forense a que las realice.

A este respecto, la actual LECRIM le da a la Policía Judicial una amplia potestad de decisión y manipulación de las muestras sin demasiado control judicial, lo que podría afectar a la cadena de custodia de las mismas. Este hecho se pretendió corregir fallidamente y sin éxito en el anteproyecto de nuevo Código Procesal Penal de 2011 mediante la figura del Fiscal responsable de la investigación criminal y control sobre la actividad investigadora de la Policía Judicial (arts. 64, 443 y 448 de CPP de 2011), así como por el Juez de Garantías (art. 461 de CPP de 2011). Estas figuras se mantuvieron en el CPP de 2013, si bien no se expresan con la misma rotundidad que en el CPP de 2011.

También la LECRIM debiera pretender que los sujetos que intervienen en las operaciones de localización, hallazgo y recogida de las pruebas del delito sean cada vez más expertos, pues la desaparición, destrucción o contaminación de las pruebas en su origen o la simple falta de hallazgo por imposibilidad técnica o deficiente profesionalidad provocaría en definitiva una merma en la averiguación

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”.

de la verdad material de los hechos en el mejor de los casos, cuando no, la ausencia total de su esclarecimiento.

Una vez expuesta la problemática que ofrece la actual LECRIM sobre localización, hallazgo y recogida de las pruebas dentro de la primera fase de la cadena de custodia de las muestras, debemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la LECRIM regula muy someramente lo referente al hallazgo y localización de las pruebas como elemento previo a su recogida, limitándose a prescribir y únicamente dentro de la inspección ocular la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno, situación de las habitaciones y demás detalles, levantamiento de un plano del lugar suficientemente detallado, describiendo los vestigios que hayan dejado y la obligación de hacer constar en caso de no existir vestigios o desaparición de los mismos si ocurrieron de forma natural, casual o intencionadamente, y las causas de la misma o los medios que para ello se hubiesen empleado.

En segundo término, la LECRIM ordena la localización y recogida de las piezas de convicción a los diferentes sujetos que intervienen en la investigación criminal, como son el Juez, Abogado de Justicia, Policía Judicial y Peritos. En concreto, ha evolucionado hacia una excesiva delegación de funciones en las personas preparadas para investigar el delito, como son la Policía Judicial y los Peritos Forenses, sin demasiado control judicial, lo que podría perjudicar el control de las muestras por la cadena de custodia.

Y por último, la LECRIM de 1882 no recoge ninguna regla sobre pautas singulares de actuación de la Policía Judicial ni de los Peritos Forenses sobre la forma, técnica, medios o instrumentos de proceder para localizar y recoger las muestras del lugar de los hechos, así como tampoco remite a norma reglamentaria o protocolo específico alguno, limitándose únicamente a facultar a estas personas en la realización de las diligencias necesarias para comprobar y

esclarecer los delitos, adoptando las medidas necesarias para ello, y practicar las diligencias propias de su profesión²¹⁰.

Ante la ausencia de norma alguna que lo regule, tales acciones están establecidas exclusivamente por sus propios manuales profesionales o protocolos de funcionamiento internos de la Policía Judicial y Peritos Forenses, sin perjuicio de los mandatos genéricos que sobre esta materia realiza la LECRIM para las actuaciones de estos profesionales. Sin embargo, estos manuales carecen de eficacia vinculante con carácter general al no ser normas que formen parte del ordenamiento jurídico.

3. Regulación en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico

Como se ha expuesto en el apartado anterior, la LECRIM no recoge en sus preceptos cómo se debería realizar la localización, hallazgo y recogida de las muestras del lugar del suceso, así como tampoco en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, a excepción de la Orden JUS/1291/2010²¹¹, por lo que a continuación vamos a exponer otras normas que aún regulando funciones propias de la Policía Judicial, Abogados de la Administración de Justicia y Médicos Forenses no recogen expresamente actuaciones de localización, hallazgo y recogida de muestras, lo cual nos permitirá detectar la falta de regulación específica en esta materia y por ende poder argumentar la necesidad de regular éstas en una futura norma legal sobre la cadena de custodia.

A) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

²¹⁰ El artículo 347 LECRIM prevé que “El Médico Forense está obligado a practicar todo acto o diligencia propios de su profesión e instituto con celo, esmero y prontitud que la naturaleza del caso exija y la administración de justicia requiera”.

²¹¹ Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la Preparación y Remisión de Muestras Objeto de Análisis al Instituto nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF).

Tanto la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), como su Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales²¹², aprobado por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre (ROCSJ), se limitan a designar competencias, funciones y organización de las personas y servicios que intervienen en la manipulación de muestras y evidencias, sin expresar técnica alguna ni modo de proceder para su localización, hallazgo y recogida de las mismas, así el artículo 479.2.2 de la LOPJ prescribe que estas funciones se realizarán con plena independencia y bajo criterios estrictamente científicos, si bien hay que resaltar que este personal cuenta con formación y conocimientos profesionales suficientes para desarrollar estos cometidos eficazmente.

La LOPJ también expresa que el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) como órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia, cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia y contribuir a la unidad de criterio científico y a la calidad de la pericia analítica, realiza funciones de análisis e investigaciones que les sean solicitados, emitiendo informes y dictámenes pertinentes, así como evacuando consultas que les sean planteadas por las autoridades, por los particulares en el curso de procesos judiciales y por organismos o empresas públicas (artículo 480.1 y 2 LO 6/1985), sin determinar esta norma la forma en los que el INTCF deberá realizarlos.

B) Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses

El Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del INTCF²¹³, tampoco establece operaciones específicas sobre esta materia, sin embargo esta norma se remite implícitamente a lo regulado en la Orden JUS/1291/2010 de Remisión de Muestras Objeto de Análisis al INTCF, pues en su artículo 18.1 y 2 especifica que las muestras se remitirán con los

²¹² Desde el 1/10/15 los Secretarios Judiciales pasaron a denominarse Letrados de la Administración de Justicia, por LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²¹³ RD 862/1998, de INTCF de 8 de mayo, ha sido modificado por el RD 63/2015 de 6 de febrero.

formularios específicos debidamente formalizados, acomodando la recogida, preparación y envío de objetos, sustancias, muestras o piezas que hayan de ser examinados a las instrucciones que establezca el Ministerio de Justicia a propuesta del Instituto de Toxicología, siendo esta última norma la que mejor recoge las operaciones objeto de esta subfase de la cadena de custodia.

C) Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses

El Real Decreto 296/1996, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, tampoco aporta técnica alguna sobre forma de proceder en la recogida de muestras que constituyan objeto de prueba criminal, limitándose esta norma a enumerar las funciones de los médicos forenses entre las que destaca la emisión de informes y dictámenes que les encomienden los juzgados y tribunales a través de los Institutos de Medicina Legal, estableciendo la posibilidad de su ampliación, al prescribir en su artículo 3.g) “Cualesquiera otras funciones de colaboración e investigación, propias de su función, con Ministerio de Justicia...”.

Del mismo modo, el Ministerio de Justicia a través de la Orden JUS/1216/2011, de 4 de mayo, por la que se crea el Instituto de Medicina Legal, órgano con jurisdicción estatal, regula las funciones que los Médicos Forenses desarrollan de forma genérica, así como lugar de realización de las prácticas periciales y tanatológicas (art. 3), sin embargo, esta orden ministerial no expresa criterio alguno sobre localización, hallazgo y recogida de muestras.

D) Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

La Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se limita a designar competencias, funciones y organización de los agentes y policía judicial, siendo únicamente de aplicación a la localización, hallazgo y recogida de muestras, la obligación que esta norma les impone a las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad del Estado de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurando los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, elaborando informes técnicos y periciales procedentes (art. 11.1.g.).

E) Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Policía Judicial

El Real Decreto 769/1987, que aprueba el Reglamento de la Policía Judicial, prevé en las atribuciones y cometidos de la Policía Judicial la de practicar inspecciones oculares, informes periciales provisionales, recogida de pruebas y ejecución de órdenes inmediatas de Presidentes, Jueces y Fiscales, entre otras funciones (art. 28), sin expresar específicamente la forma de realizar las operaciones de localización, hallazgo y recogida de muestras ni su remisión a otra norma que lo pueda desarrollar.

F) Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, de Protocolo Nacional de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples

El Real Decreto 32/2009, de Protocolo Nacional de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples, nacido para paliar los errores sobre identificaciones de personas fallecidas en accidentes múltiples acaecidos en nuestra historia más reciente²¹⁴, y motivado por la necesidad que disponen los artículos 340 a 343 LECRIM de que en los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se proceda a la identificación del cadáver y a la práctica de la autopsia por los médicos forenses, con el fin de informar sobre la causa de la muerte y sus circunstancias, así como la necesidad de mejorar la gestión de identificación de víctimas y ayuda a sus familiares en graves catástrofes.

²¹⁴ Accidente de aviación del Yakolev-42 en Turquía el 26 de mayo de 2003 con 75 militares españoles muertos. Atentado Yihadista en Madrid el 11 de marzo de 2004 con 191 muertos y accidente aéreo del vuelo 5022 de Spanair en Barajas el 20 de agosto de 2008 en el que fallecieron 154 personas.

Esta norma posiblemente sea la que mejor regula la localización, hallazgo y recogida de muestras, si bien está orientada exclusivamente a la identificación de cadáveres, pues prevé una serie de medidas a adoptar por los investigadores en el lugar de los hechos, tales como que, una vez rescatados los supervivientes el área del desastre quedará libre de cualquier persona ajena a las labores de levantamiento de cadáveres e identificación o de investigación policial, de tal manera que no se tocará ningún cadáver, ni se recogerá ni moverá ningún tipo de efecto personal, preservando la zona tal y como quede, realizándose una vez llegue al lugar la Autoridad Judicial y Médico Forense, la oportuna inspección ocular técnico-policial, señalizándose y cuadriculándose la zona (art. 5).

Diferencia las tareas a realizar por especialistas de la Policía Científica de los equipos de especialistas de Identificación de Víctimas en Catástrofes (IVC). Siendo los especialistas de Policía Científica los que realizarán los trabajos de inspección ocular técnico-policial sobre las causas del siniestro o suceso, con recogida de muestras y evidencias relacionadas con las mismas. Sin embargo prevé que una vez realizadas las primeras operaciones de inspección ocular y rescate de posibles víctimas, la recogida de muestras se realizará indistintamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses, o sea por especialistas en identificaciones o IVC, recogiendo datos relativos a cadáveres y restos humanos, así como muestras en las fases denominadas *ante mortem* y *post mortem* y análisis de ADN que serán repartidas entre los distintos laboratorios del INTCF, los cuales actuarán además como laboratorio de referencia de los de la Comisaría General de Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía, Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, laboratorios de los Institutos de Medicina Legal y de las Comunidades Autónomas que tuviesen traspasada esta competencia (arts. 5. C, 9, 34 y 35).

Para mejorar las tareas de recogida de evidencias este RD 32/2009 establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Policías Autonómicas deberán completar unos formularios diseñados por Interpol

de conformidad con su guía de 2009²¹⁵ (art. 31), además para las labores de recogida de muestras y autopsias forenses prevé la creación de un control de calidad formado por dos personas que hayan intervenido en el proceso necroidentificador, un Médico Forense y un miembro de la Policía Científica, lo que redundará en eficacia y control en el tratamiento de las muestras mediante la cadena de custodia.

La función de este control de calidad sobre la recogida de muestras consistirá en comprobar que se han completado todas las operaciones, se han recogido y documentado las muestras y objetos personales y se ha observado la cadena de custodia, además podrá ordenar este órgano de control de calidad el traslado del cadáver a la zona de conservación y custodia, así como ordenar un nuevo examen parcial o total del cadáver o resto humano en caso de comprobar deficiencias (artículo 19. 1 y 2).

Finalmente hay que destacar que este RD recoge con bastante acierto diferentes actuaciones sobre recogida de restos humanos, objetos hallados, e identificación de los mismos mediante huellas dactilares y ADN, estableciendo una serie de recomendaciones y actas oficiales sobre la toma de muestras, en las que se plasma de una forma muy práctica y comprensible en sus Anexos. Concretamente el Anexo VII.1 sobre recomendaciones para la recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética en sucesos con víctimas múltiples, obliga a insertar un espacio dedicado exclusivamente a la cadena de custodia de las muestras dubitadas y de referencia que deberá siempre cumplimentarse en todos sus apartados controlando así en todo momento la mismidad de las muestras halladas en el lugar de la catástrofe.

G) Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN

²¹⁵ Guía para identificación de víctimas de catástrofes de Interpol (2009), Capítulos 5 y 6 sobre “Recopilación de datos ante mortem” y “Recopilación de datos pruebas post mortem”, págs. 20 a 45.

El Real Decreto 1977/2008, por el que se regula la composición y funciones de la CNUFADN, sobre la recogida de muestras de ADN establece que desempeñará funciones de elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis (art. 3.c). Sobre estos protocolos hay que matizar como ha reconocido alguna autora²¹⁶, que los protocolos que la CNUFADN formula siguen los estudios llevados a cabo por la ISFG y el GHEP-ISFG para la obtención de muestras de ADN, los cuales desde punto de vista de la licitud, dicha obtención ha de efectuarse, en primer lugar, con el máximo respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados, como son los derechos a la intimidad, a la integridad física e inviolabilidad del domicilio, y en segundo término, la obtención ha de realizarse cumpliendo con otras garantías legalmente previstas que garanticen su autenticidad, como es el pleno respeto a las normas sobre la cadena de custodia, que impiden la manipulación de la muestra y que de otro modo llevarían a la anulación de la prueba²¹⁷.

H) Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de base de datos policial sobre identificadores de ADN

La LO 10/2007 de base de datos policial sobre identificadores de ADN, tampoco recoge en sus preceptos prevención alguna sobre localización, hallazgo y recogida de muestras biológicas de ADN, limitándose a exponer que la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición Adicional Tercera), y en cuanto a la garantía de la cadena de

²¹⁶ CABEZUDO BAJO, M. J., “La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de la búsqueda (del ADN) de familiares”. Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 40, Madrid septiembre-diciembre 2011. págs. 744 y ss.

²¹⁷ SAP Burgos 13/2009 de 9 de marzo, “el incumplimiento de la cadena de custodia constituye un supuesto de nulidad”.

custodia, únicamente expresa que “La remisión de los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial en los supuestos establecidos en el artículo 3 de esta Ley, se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia” (art. 6). Además, a este respecto hay que tener en cuenta que la normativa europea es más extensa²¹⁸, sin embargo, no aporta elementos nuevos que ayuden a mejorar la localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN y por ende, mejorar así, la cadena de custodia de las mismas.

I) Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la Preparación y Remisión de Muestras Objeto de Análisis al INTCF

La Orden JUS/1291/2010, de normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis al INTCF, al amparo del R.D. 862/1998 que aprueba el reglamento del INTCF, es la norma que mejor regula la recogida, preparación y envío de muestras para su análisis al INTCF, asegurando el mantenimiento de la cadena de custodia, detallándose documentalmente a través de un formulario o Anexo I que incluye toda la información necesaria para que puedan hacerse sobre las muestras los análisis que se solicitan .

Esta Orden del Ministerio de Justicia desarrolla actuaciones preparatorias de investigación criminal que nos permiten completar de una forma general y somera la primera subfase de la cadena de custodia, relativa a la localización, hallazgo y recogida de indicios objeto de custodia. De este modo el artículo 49.2 dentro de la Sección Quinta -Estudios Criminalísticos-, prevé que “para la correcta toma de muestras, el entorno debe ser convenientemente aislado y

²¹⁸ La UE ha adoptado normas sobre la obtención de una muestra, procedente, bien de persona identificada (artículo 7 de la Decisión Marco 2008/615), o bien del lugar del delito, destacando en este sentido, la Directiva 2014/41/CE de 3/04/14 relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, de la que CABEZUDO BAJO, M. J, en la Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 40. Madrid 2011 se adelantó afirmando que “Sin duda, dicha norma será esencial en materia de obtención de la prueba de ADN entre los Estados miembros, porque, de un lado, la Decisión marco 2003/577/JAI, de 22-07-03 no ha establecido la regla *forum regit actum* y asimismo se aplica solo a la obtención de la prueba y no a su posterior traslado; y, de otro, la Decisión 2008/978 no se aplica a la prueba de ADN, pues solo recae sobre pruebas ya existentes o disponibles y la prueba de ADN requiere de un posterior análisis en el laboratorio para poder ser utilizada”.

protegido con el fin de evitar las posibles contaminaciones y/o pérdidas de los indicios; para ello el operador deberá contar con el equipamiento y el instrumental adecuados para la búsqueda, recogida y embalaje de las muestras para su traslado al laboratorio”. También establece técnicas y precauciones que eviten la contaminación de las muestras, así como las cantidades y piezas orgánicas esenciales a enviar al INTCF para la eficacia del futuro análisis (artículos 28, 29 y 30), así como pautas de recogida y envío según el tipo de muestra biológica sea para determinación de la paternidad/maternidad, identificación de cadáveres, identificación criminal, víctimas, sospechosos y agresiones sexuales (artículos 31 a 36).

Teniendo en cuenta que esta Orden JUS/1291/2010 no regula actuaciones concretas para aislar y proteger el entorno o lugar donde se encontraron los indicios o muestras a investigar, limitándose a prescribir como hemos expuesto anteriormente que el entorno debe ser convenientemente aislado (art. 49.2), por lo que procedería suplir esta carencia junto con otras actividades que mejoren el tratamiento de las muestras en esta subfase de la cadena de custodia, con otros manuales específicos como los desarrollados por la Policía Judicial en las inspecciones oculares que practiquen, de conformidad con la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (art. 547) y Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, de la Policía Judicial.

4. Manuales de Policía Judicial sobre localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia

A continuación, vamos a exponer algunos de los manuales de Policía Judicial existentes en España, los cuales contienen enunciados específicos sobre localización, hallazgo y recogida de muestras no expresados en las normas anteriormente tratadas, los cuales nos ayudarán a mejorar una futura norma sobre la cadena de custodia de las muestras en la que se recoja la correcta actuación en la fase de obtención de las muestras y especialmente en la subfase de localización, hallazgo y recogida.

Los manuales de Policía Judicial vienen a suplir y complementar las carencias observadas en la normativa anteriormente reseñada, los cuales desarrollan técnicas de localización, hallazgo y recogida de muestras, siendo estas funciones propias de los cometidos que la ley asigna a la Policía Judicial, para averiguar los hechos delictivos. Para lo cual recogerán los efectos, instrumentos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición judicial de conformidad con lo prevenido en la LECRIM (art. 282), Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (art. 549.1), Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 11.1.g) y Real Decreto 769/1987 de la Policía Judicial (art. 2).

A) Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil

El Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de regulación de la Policía Judicial, encomienda a ésta la averiguación de los delitos y aseguramiento de los delincuentes (artículo 1), para lo cual desempeñarán cometidos de investigación criminal especializada propios de Policía Científica, practicando entre otras funciones, inspecciones oculares y recogida de pruebas (artículo 28). Sin embargo, esta norma tampoco recoge las técnicas y procedimientos en los que la Policía Judicial debe realizar estos cometidos, prescribiendo únicamente que sus cometidos requerirá de una formación especializada desarrollada en dos fases, una por los centros de formación y perfeccionamiento de las FCSE y otra por el Centro de Estudios Judiciales quien le expedirá el correspondiente título (artículos 39 a 45).

Para favorecer los cometidos asignados por ley a la Policía Judicial y ante la ausencia normativa de procedimientos específicos sobre las funciones encomendadas, la Guardia Civil desarrolló un Manual de Policía Judicial en constante actualización²¹⁹. Este manual tiene carácter privado interno, careciendo

²¹⁹ Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, actualizado el 31-05-11 por la Jefatura de Policía Judicial de la Dirección Adjunta Operativa, de conformidad con la LOFCS 2/1986, RD 769/1987 de la Policía Judicial, RD 1181/2008 de modificación estructura orgánica del Ministerio del Interior y OMP de 29/10/01 de estructura orgánica de los servicios centrales de la DGGC (<http://es.scribd.com/doc/146472318/Manual-Policia-Judicial>). Manual que complementa a la guía de procedimiento técnico-criterios generales de toma

de efectos jurídicos y de reproche legal por su incumplimiento, salvo que constituyera infracción disciplinaria²²⁰, no siendo exigible por los tribunales de justicia, sin embargo, debe ser tenido en consideración por su elaborado y detallado procedimiento técnico, desarrollando normas, instrucciones y guías que mejoran el tratamiento de la cadena de custodia de las muestras.

De este modo el Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil respecto a la localización, hallazgo y recogida de muestras en la escena del crimen, desarrolla un mecanismo para efectuarlo garantizando en todo momento la cadena de custodia de las muestras mediante el acta de inspección ocular²²¹ como primer documento de la cadena de custodia de las muestras, detallando la identificación de los agentes actuantes, cronología de la actuación de inicio a fin, descripción de situación del escenario, descripción y ubicación de los indicios o evidencias recogidos, datos conocidos de personas u objetos que hayan estado en el escenario, reportaje fotográfico y croquis, siendo enviadas las muestras de forma documentada mediante la llamada *hoja de evidencias de muestras*²²².

Este manual recoge como prevención para garantizar el lugar donde se recogerán las muestras, que las patrullas territoriales de seguridad ciudadana de la Guardia Civil, distintas de las unidades de Policía Judicial, acudan en los primeros momentos al lugar limitándose a realizar operaciones de delimitación y aislamiento de la zona, impidiendo que entren personas extrañas que puedan

y gestión de muestras biológicas para la obtención de los identificadores derivados del ADN (SECRIM Guardia Civil de 27-03-12).

²²⁰ Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, prevé en su art. 9.3 que constituye una Falta Leve “El retraso, negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas o de las normas de régimen interior....”.

También la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, en su art. 9.a), constituye Falta Leve el “El retraso o la negligencia en el cumplimiento de las funciones y órdenes recibidas”.

²²¹ Acta de Inspección Ocular, o documento en el que se plasma las operaciones de inspección ocular realizadas por la Policía Judicial en un impreso prediseñado (Punto 4.7 y Apéndice 47-1A y B del Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil de 31-05-11).

²²² La Hoja de Evidencias de Muestras es el documento que ampara el envío de muestras tanto al laboratorio de Criminalística como al Juzgado (Punto 4.7, 6.2.1.2 y Apéndice 61-13 el Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil de 31-05-11).

alterar el lugar, adoptando las medidas convenientes para evitar la contaminación de la escena del hecho, tanto por personas ajenas como por los propios agentes actuantes (punto 4.7.4 del manual).

Además de la anterior prevención general este manual prevé que cuando deban recogerse muestras que por su naturaleza necesiten conocimientos especializados, se realicen por personal de las unidades de Policía Judicial conforme a su propio protocolo de actuación previsto en los puntos 6.1.1.1 y siguientes de este manual, donde se establecen detalladamente las prevenciones a adoptar en la recogida de las muestras, ya sean huellas dactilares, casquillos de bala, manuscritos, químicas, biológicas (ADN), explosivos o drogas, destacando que antes de efectuar la recogida de muestras se filmará en vídeo, se fotografiará, o se hará un dibujo de cada prueba, teniendo siempre presente durante la misma la presencia de otro tipo de muestras típicas en criminalística, como por ejemplo las huellas dactilares que deberán igualmente preservarse (punto 6.2.7.2).

B) Normas de Procedimiento y Actuación de la Comisaría General de Policía Científica

En similar modo al anterior manual, el Cuerpo Nacional de Policía estableció unas normas de procedimiento y actuación de la Comisaría General de Policía Científica²²³, en las que se recoge como se realiza la gestión de los vestigios/muestras desde su hallazgo y recogida, hasta su depósito judicial o policial²²⁴, las cuales resumimos en las siguientes actuaciones; en primer lugar, se establecerán medidas de protección adecuadas, como uso de guantes, mascarillas, monos, calzas, gafas, etc., que permiten realizar el trabajo sin riesgo para el especialista y eviten la contaminación de los vestigios, segundo, se referenciará y

²²³ DE ANTÓN Y BARBERÁ, F. y DE LUÍS Y TURÉGANO, J. V., "Policía Científica, Volumen I", 5ª edición. Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

²²⁴ DEL AMO RODRÍGUEZ, A., BARROSO VILLAREAL, G. y FERNANDEZ GARCÍA, A. I., "La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España. Servicio de Criminalística de la Guardia Civil", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 149.

etiquetará individualizado cada vestigio, salvo recogida de elementos comunes y muy numerosos que podrá referenciarse en conjunto, en tercer lugar, se fotografiará el vestigio, de forma seriada, realizándose una foto de conjunto, para ubicar el vestigio en el lugar donde fue hallado, otra foto de semiconjunto para relacionarlo con los demás elementos más próximos, y otra más de detalle, para que se puedan apreciar sus características y estado. Por último, una vez recogido el vestigio de forma individualizada, respetando la numeración y referenciado establecido en la fase de localización, deberá figurar también este referenciado en el embalaje utilizado para su guarda y transporte.

C) Criterios Generales para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial

Con vocación más general para todos los Cuerpos de Seguridad con funciones de Policía Judicial, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial al amparo del RD 769/1987 de la Policía Judicial, desarrolló en 1999 un protocolo o criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial²²⁵.

Este protocolo prevé que para una mejor localización, hallazgo y recogida de muestras en la fase de inspección técnico-ocular²²⁶, que la Policía Judicial debe respetar un adecuado tratamiento de las muestras halladas, consiguiendo de este modo que la cadena de custodia se garantice desde su inicio, consistiendo estas prácticas²²⁷ en:

²²⁵ "Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial", aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 4/02/1999, de conformidad con el artículo 36 del RD 769/1987, sobre regulación de la Policía Judicial. Última edición expedida el 8 de mayo de 2008.

²²⁶ La Inspección técnico-ocular constituye una diligencia preprocesal con valor de atestado, aunque frecuentemente tendrá el plus de diligencia objetiva incontestable, teniendo su amparo legal en los arts 283 LECRIM, 443 a 446 LOPJ, 11.1.g) LOFCS (LO 2/1986) y RD 769/1987 de regulación de la Policía Judicial, pudiendo también desarrollarse siguiendo las pautas de la inspección ocular judicial prevista en los arts. 326 a 333 LECRIM.

²²⁷ Prácticas de actuación de la Policía Judicial en la inspección técnico-ocular. "Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial", aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 4 de febrero de 1999 (última edición 2008), pag. 56.

Primer lugar, impedir el acceso al lugar de personas no autorizadas, desalojando las que hubiera.

Segundo, reconocer exhaustivamente el lugar al objeto de verificar la ausencia de personas ocultas, otras víctimas, o el propio delincuente, teniendo la precaución de no alterar los vestigios o restos que se hallen en el lugar, determinando vía de entrada y salida.

Tercero, acotar el lugar con la señalización adecuada, manteniendo todos los objetos en el mismo lugar y posición en que fueron encontrados inicialmente.

Cuarto, sin abandonar la misión principal, que es la custodia y preservación de las pruebas, recoger los primeros testimonios de forma verbal, al objeto de contar con la posible identificación de víctimas, autores o testigos.

Quinto, tomar nota de la actuación realizada por cada agente, con el fin de determinar qué objetos fueron desplazados, qué zonas fueron pisadas y evitar evidencias falsas.

Sexto, confeccionar un croquis del lugar de los hechos, ya sea en interior o en lugar abierto, así como reportaje fotográfico o videográfico, panorámico y de detalle.

Séptimo, se describirán todas las cerraduras, ventanas, puertas y todo cuanto se considere de importancia según el tipo de delito.

Octavo, si existe cadáver o víctima, se detallará: sexo, edad aparente, talla, tatuajes, cicatrices, así como la posición que ocupa, socorros prestados, si se movió, cantidad de sangre derramada y situación respecto a la misma, examen de las ropas, heridas que presenta, señales de lucha, etc.

Noveno, se buscarán huellas, cabellos, manchas, o cualquier otro tipo de objetos o vestigios que puedan tener relación con el hecho investigado.

Acondicionando todo ello para su envío al laboratorio, obteniéndose hojas de cotejo de inocentes y perjudicados.

Décimo, especificación de todos los enseres existentes en el lugar, con expresión de la posición que ocupan, si es la normal o si han sido alterados.

Undécimo, se describirán las armas que se encuentren, así como las señales que hayan dejado, casquillos, posición, trayectorias, etc.

Duodécimo, se especificará el estado del tiempo, fecha y hora probables de la comisión del hecho.

Decimotercero, el resultado de la diligencia se plasmará en un Acta de Inspección Técnico-Ocular que será levantada por los instructores.

Como hemos expresado este protocolo de Policía Judicial establece de forma pormenorizada el modo de actuación para recoger cualquier instrumento que pueda constituirse en prueba, incluidos drogas, armas y explosivos, si bien estos últimos se conservarán y se adoptará el destino que la legislación específica obliga²²⁸, como así lo expresa el art. 2.4ª.b) del RD 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción²²⁹.

Una vez recogidas las muestras este protocolo también prevé que se embalará independientemente, identificándola con una etiqueta en la que se consignen los siguientes datos; objeto a analizar, órgano judicial o unidad que lo solicita, fecha y lugar de recogida, delito investigado, circunstancias en que fue

²²⁸ Ley 17/1967, de 8 de abril por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas; RD 1194/2011, de 19 de agosto, se aprueba el Reglamento sobre Estupefacientes; RD 137/1993, de 29 de enero, se aprueba el Reglamento de Armas y RD 130/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos.

²²⁹ El Artículo 2. 4ª b) del RD 2783/1976, por el que se dispone la Creación de Depósitos Judiciales únicos con el fin de conservar de modo unificado las piezas de convicción, prevé sobre la conservación y destino de los objetos que, si no existiere norma legal que imponga un destino determinado, ni tampoco se hubiese dispuesto en la sentencia cosa alguna sobre él se observarán las reglas siguientes: B) Las armas de fuego y los objetos de ilícito comercio que hubieren sido intervenidos, sean propiedad del delincuente o de un tercero, recibirán el destino que determinen los respectivos Reglamentos.

recogido, así como cuantos extremos se estimen de interés, debiendo reflejarse en un documento anejo al envío de muestras, que acredite la observación en todo momento de la cadena de custodia desde la toma de las muestras, debiendo quedar en el documento constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras y cuyos detalles serán abordados en las siguientes subfases dentro de esta fase de obtención de las muestras.

La correcta observación de estos últimos manuales y protocolos de Policía Judicial nos ayudarán a garantizar las muestras mediante la cadena de custodia, de forma que lo recogido en origen en la escena del crimen o del objeto donde se han extraído es lo mismo que se analizará en un laboratorio con posterioridad, constituyéndose finalmente como prueba eficaz, siempre que las muestras se hayan obtenido como así lo ha reconocido alguna autora²³⁰, no solamente con el escrupuloso cumplimiento de estas normas, sino además bajo los criterios de licitud y fiabilidad, debiendo tenerse en consideración a la hora de ser plasmados en un futuro texto normativo sobre la cadena de custodia de las muestras.

5. Recomendaciones GHEP-ISFG (Genética Forense)

En el apartado anterior hemos expuesto los enunciados que sobre localización, hallazgo y recogida de muestras recogen los manuales de Policía Judicial con carácter general para todo tipo de evidencias, los cuales vamos a complementarlos de forma más específica para las muestras de ADN a través de las recomendaciones que la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) ofrece, al objeto de mejorar una futura norma sobre la cadena de custodia de las muestras de ADN en la que se recoja la correcta actuación para con estas muestras en la fase de obtención.

²³⁰ CABEZUDO BAJO, M. J., "La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de la búsqueda (del ADN) de familiares". Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 40, Madrid septiembre-diciembre 2011. págs 744 y ss.

La CNUFADN desempeña funciones de elaboración y aprobación de protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras de ADN (art. 3.c del RD 1977/2008), a estos protocolos generales sobre ADN habrá que adicionar por su importancia los estudios que la ISFG²³¹ y el GHEP-ISFG²³² realiza sobre la obtención de muestras de ADN, por lo que vamos a extraer las principales recomendaciones propuestas por estos organismos internacionales sobre localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN.

El 2 de junio de 2000 el grupo GHEP-ISFG estableció un conjunto de recomendaciones para la recogida y remisión de muestras de ADN al laboratorio con fines de identificación forense²³³, destinados a Médicos Forenses y Policía Judicial, sin perjuicio de que el Juez Instructor pueda recabar la colaboración de otros expertos cualificados con arreglo a lo previsto en la LECRIM, los cuales deben poseer formación, conocimientos técnicos y experiencia adecuada para el desempeño de estas funciones, adaptándose a los avances técnicos que se vayan produciendo.

Estas recomendaciones del GHEP-ISFG tendentes a conseguir unos estándares de calidad en los procesos de obtención de las muestras de ADN, colaboran eficazmente para conseguir mejorar la cadena de custodia de las muestras de ADN en su fase de obtención, a través de sus diversos pronunciamientos que resumiremos a continuación.

Primeramente, debemos decir que el GHEP-ISFG propone unas pautas de calidad forense para la recogida de muestras y su envío al laboratorio tendentes a

²³¹ En 1968 en Mainz (Alemania) se fundó la SFH "Society for Forensic Haemogenetics", convirtiéndose en 1980 en sociedad Internacional con el nombre de ISFH. En 1991 se renombraría como ISFG, para incluir el término más general "genetic" en lugar de la original "haemogenetics", genética de la sangre, ya que el ADN puede ser extraído de prácticamente todas las células que forman los tejidos humanos y fluidos corporales, además de la sangre.

²³² El GHEP-ISFG "Grupo de Habla Española y Portuguesa de la International Society for Forensic Genetics", se constituyó en 1995 como asociación científica civil sin ánimo de lucro. Su Estatuto se renovó el 13 de octubre de 2009 en Madrid.

²³³ "Recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de identificación forense", del GHEP-ISFG de 2 de junio de 2000.

mantener una serie de precauciones encaminadas a proteger tanto al personal que realiza dicha recogida como a la propia muestra que puede verse afectada, si el proceso no se lleva a cabo con las suficientes garantías.

De este modo vamos a exponer una serie de medidas higiénicas sanitarias que no sólo son útiles para evitar contagios al personal que las extrae y manipula, sino también constituyen unas medidas de profilaxis de la propia muestra biológica evitando su contaminación, posibilitando la eficiencia del posterior análisis de ADN.

Aunque el GHEP-ISFG respecto a la protección del personal que trata material de alto riesgo, infeccioso y biológico, establece unas precauciones mínimas, además de recomendar las previstas en la legislación vigente²³⁴, lo verdaderamente significativo al respecto son las precauciones que establece el Instituto de Parasitología y Biomedicina de Madrid²³⁵, para manipulación de material biológico, constituyendo unas disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables con carácter general universal (apartado 6) como son: la vacunación, la higiene personal, elementos de protección de barrera (guantes, mascarillas y botas), cuidado con los objetos cortantes y punzantes, desinfección y esterilización de instrumentales y superficies. Y con carácter específico (apartado 11.1) estableció las siguientes medidas: uso obligatorio de guantes desechables, no tocarse ojos, nariz, mucosas o piel con las manos enguantadas, utilizar buena técnica y un buen material. El personal debe estar instruido sobre su manejo y manipulación, lavarse las manos con agua y jabón una vez terminado el trabajo, incluso si se han utilizado guantes, utilizar bata blanca o verde, no

²³⁴ Recomendaciones para “La manipulación de Material de Alto Riesgo en Autopsias”, establecido en 1993 por la Sociedad Española de Anatomía Patológica. Normas para el “Acondicionamiento y materias biológicas perecederas infecciosas”, del Reglamento de la Unión Postal Internacional, recogido por la Dirección General de Correos y Telégrafos (31-10-1985). RD 664/1997, Sobre la Protección de los Trabajadores contra los Riesgos relacionados con la exposición a agentes Biológicos durante el Trabajo (Reglamento de la Ley 31/1995 de PRL, que procedió a la transposición al Derecho español del contenido de las tres Directivas europeas sobre esta materia. Directiva 90/679/CEE, de 26 de noviembre, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, modificada por la Directiva 93/88/CEE, y adaptada por la Directiva 95/30/CE, de 30 de junio).

²³⁵ Instituto de Parasitología y Biomedicina López Neyra de Madrid, es un organismo dependiente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC).

reencapuchar agujas ni desacoplarlas de la jeringa. Colocar ambas sin separar en recipiente de plástico rígido imperforable, sellar bien los recipientes de muestras, si se produce un pinchazo o corte, lavar la herida concienzudamente con agua y jabón. Favoreciendo la hemorragia. Comunicando dicho incidente al responsable de seguridad biológica del CSIC y al servicio médico, transportar siempre en recipientes herméticos, y dentro de un contenedor con etiquetas de peligro de infección o contaminante biológico.

Las anteriores medidas higiénico sanitarias no sólo son útiles para evitar contagios al personal que las extrae y manipula, sino también como profilaxis de la propia muestra biológica, evitándose que la misma pueda contaminarse con otras materias que podrían adulterar o perjudicar su análisis posterior en el laboratorio forense, viciando así la cadena de custodia.

También la Recomendación del GHEP-ISFG (punto 3.2), sobre protección de las muestras de ADN, identificó ciertos peligros al recoger los vestigios biológicos que perjudican la cadena de custodia y afectarían al análisis del perfil genético, los cuales son expresados en este trabajo por su importancia en el tratamiento de las muestras, como son: evitar la contaminación de la muestra por material biológico humano hallado en el lugar de los hechos y/o en el cuerpo de la víctima, con posterioridad a la producción del delito, causada por personas ajenas a la investigación como curiosos o familiares, o por personas que colaboran en la investigación y que de forma accidental o por desconocimiento, producen la contaminación. El traslado de los indicios puede dar lugar a una contaminación o puede ocasionar la pérdida de una prueba. Los vestigios biológicos que sufren con más facilidad este cambio de localización son los pelos. Reducir la contaminación microbiológica favorecida por la humedad y las altas temperaturas. Normalmente se produce o incrementa por defectos en el empaquetado y conservación de las muestras hasta su envío al laboratorio. Evitar la contaminación química, que dificultará los procesos de análisis genético, fundamentalmente la amplificación y extracción de ADN. Se produce fundamentalmente cuando las muestras se envían inmersas en productos

conservantes como el formol o cuando se realizan estudios previos con sustancias químicas (estudio de huellas dactilares).

Los procesos descritos podrían evitarse o minimizarse si se mantienen algunas precauciones básicas como son; aislar y proteger, lo más rápidamente posible, la escena del delito y salvo que alguna circunstancia lo impida, los indicios biológicos deben ser los primeros en ser recogidos; usar guantes limpios que deben cambiarse con frecuencia, especialmente cuando se manipulan indicios biológicos susceptibles de tener distinto origen; evitar hablar o estornudar sobre las muestras. Usar mascarilla; usar bata u otro tipo de ropa protectora; utilizar instrumental desechable (de un solo uso) siempre que sea posible o limpiarlo bien antes de recoger cada indicio biológico; no añadir conservantes a las muestras; dejar las muestras secar a temperatura ambiente, en un lugar protegido, antes de empaquetarlas para su envío definitivo al laboratorio; empaquetar cada muestra por separado; siempre que sea posible, empaquetar las muestras en bolsas de papel o cajas de cartón evitando utilizar plástico; una vez terminada la recogida de muestras, tirar todo el material desechable utilizado en bolsas de basura o contenedores para residuos biológicos.

Estas Recomendaciones prácticas sobre el tratamiento de las muestras biológicas, evitando la contaminación de las mismas, así como de las personas que las extraen del lugar del crimen, deben ser complementadas o mejoradas con las instrucciones vertidas anteriormente²³⁶ con el fin de mejorar el procedimiento de cadena de custodia de las muestras de ADN, ante la deficiente regulación de la actual ley procesal penal y en pos de una futura norma sobre cadena de custodia.

Además sobre la posibilidad de una futura regulación sobre esta materia, hay que destacar que los borradores de Código Procesal Penal de 2011 y 2013 tampoco refieren procedimiento específico sobre localización, hallazgo y

²³⁶ Protocolos de prácticas de Diligencias de la Policía Judicial de 1999 al amparo del RD 769/1987 de Policía Judicial, Orden JUS/1291/2010 sobre normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis al INTCF y RD 32/2009 que regula el Protocolo Nacional de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.

recogida de muestras, incluso su regulación era más escueta que la actual LECRIM, con la única excepción del art. 357.1 del CPP 2011 que preveía que todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán realizarse en la forma prevenida en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables, así como para garantizar su conservación se establecerán reglamentariamente los procedimientos (art. 359.1 CPP 2011).

De este modo estas regulaciones se limitaban a prescribir que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía Judicial, deberán localizar y recoger las fuentes de prueba, tomar muestras para análisis, asegurar los instrumentos y efectos del delito de cuya desaparición hubiera peligro, asegurando la cadena de custodia (arts. 444.1, 445.3ª, 446.4ª y 357.1 CPP 2011, o arts 79 y 82.1.b de CPP 2013).

Estas últimas normas también especificaban que la Policía Judicial mediante dos facultativos y supervisión del Fiscal recogerán del lugar del delito cualquier clase de sustancias, objetos o elementos que contengan huellas o vestigios cuyo análisis genético pueda proporcionar información relevante para el esclarecimiento del hecho investigado (art. 262 CPP 2011), así como adoptando las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad (art. 287 CPP 2013). Además hay que destacar que el CPP de 2011 sobre localización, hallazgo y recogida de muestras en la cadena de custodia, reconoce a ésta como procedimiento documentado, al prescribir en el procedimiento de gestión de las muestras dentro del capítulo de la cadena de custodia, que en todo caso se dejará constancia entre otros datos, la persona y el lugar en el que se localizó la muestra y la documentación del hallazgo (art. 359.2 CPP 2011) y específicamente para las muestras de ADN el CPP de 2013 prescribe que las operaciones de recogida de vestigios se realizará por policía científica, médico forense o por otro personal especializado mediante diligencia documental (art. 287.2 CPP 2013).

II. PRESERVACIÓN Y EMBALAJE DE LAS MUESTRAS EN LA CADENA DE CUSTODIA

A la subfase de localización, hallazgo y recogida de muestras, dentro de la primera fase de la cadena de custodia le seguirá lógicamente una segunda subfase llamada de preservación y embalaje de las muestras. En esta etapa vamos a exponer primeramente el concepto de preservación de muestras, regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico, manuales de Policía Judicial y de genética forense (1), seguidamente estudiaremos el embalaje como medio de preservar eficazmente las muestras de ADN garantizadas mediante la cadena de custodia (2), para lo cual nos serviremos de la normativa nacional e internacional que mejor recoge los requisitos de preservación de las muestras mediante el adecuado envasado, rotulado y etiquetado de los embalajes (3), con el objetivo último que estas exigencias sean plasmadas en una futura regulación sobre la cadena de custodia de las muestras y especialmente de las muestras de ADN.

1. La Preservación de las muestras como segunda subfase de la cadena de custodia en la fase de obtención

Una vez destacadas las deficiencias, problemas y posibles soluciones que ayuden a mejorar la cadena de custodia de las muestras de ADN en la primera subfase de la cadena de custodia dentro de la fase de obtención, debe sucederle una segunda subfase claramente diferenciada de la anterior en la que se establezcan medidas tendentes a resguardar las muestras recogidas, y que denominaremos subfase de *preservación de las muestras*.

La preservación de las muestras constituye una protección o resguardo anticipado de las muestras obtenidas en el lugar de los hechos o en intervenciones corporales, evitando que las muestras sufran daño, debiendo ser conservadas, cuidando su permanencia e integridad, evitando contaminaciones y manipulaciones indebidas que puedan adulterarlas y por tanto viciar la cadena de custodia.

Estas operaciones de preservación mejorarán la cadena de custodia de las pruebas de ADN. Por lo que para conseguir este objetivo debemos partir de la acepción de preservación de muestras en la cadena de custodia (A), seguido de la escasa regulación existente en la LECRIM (B), así como en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico (C), manuales de Policía Judicial (D) y recomendaciones de la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) sobre preservación de muestras (E).

Antes de pasar a definir lo que es la preservación de las muestras, debemos adelantar como sostiene algún autor²³⁷, que tanto la preservación como el aseguramiento de muestras biológicas están estrechamente relacionados con la cadena de custodia de las pruebas, al afirmar que “los elementos de prueba de naturaleza biológica tienen gran importancia en el marco de la investigación penal, dada su enorme sensibilidad y delicada manipulación, lo cual conlleva a observar estrictos estándares de aseguramiento y preservación a través de la cadena de custodia”, tal es así que el propio Código de Procedimiento Penal Colombiano prevé la cadena de custodia como norma técnica de preservación y guarda adecuada.

A) Definición de preservación de muestras en la cadena de custodia

Para realizar una adecuada propuesta de regulación sobre la cadena de custodia y específicamente sobre la preservación de las muestras como parte de ésta, debemos saber que es la preservación de las muestras, para lo cual nos apoyaremos en los enunciados normativos siguientes.

En primer lugar, debemos decir que la LECRIM es bastante parca a la hora de definir conceptos y menos aún la denominación de preservación de las muestras, así como de técnicas necesarias para llevarla a cabo.

²³⁷ VARGAS AVILA, R. “La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal”, Bogotá (Colombia), Volumen XIII, nº 25 de 31 mayo 2010. págs. 130 y 136.

Segundo; debemos reseñar el Real Decreto 32/2009²³⁸, en su Anexo VII.1.2 sobre recomendaciones para la recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética en sucesos con víctimas múltiples, reconoce la preservación de las muestras con fines de identificación genética de víctimas, pero sólo se limita a establecer que las muestras deben ser perfectamente envasadas para garantizar una adecuada preservación hasta su llegada al laboratorio. Estableciendo unas recomendaciones generales sobre empaquetado, envasado y precintado de éstos, debiendo los recipientes que contengan muestras estar debidamente etiquetados y con la cadena de custodia cumplimentada.

Tercero; las “Recomendaciones para la Recogida y Envío de Muestras con Fines de Identificación Genética” del GHEP-ISFG de 2000, no establece explícitamente una definición sobre lo que debemos entender por preservación de las muestras, aunque sí implícitamente como así se deduce de su título 11, en donde la preservación se identifica con las maniobras de correcto empaquetado y precintado, al objeto de garantizar la autenticidad e integridad de las muestras²³⁹.

Cuarto; en similar modo la Orden JUS/1291/2010 que aprobó las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF, no define el concepto de preservación, pero si establece normas generales de recogida y preparación de muestras (art. 15), así como instrucciones de embalaje, rotulado y etiquetado del mismo como formas de preservación de las muestras (arts. 5 a 7).

²³⁸ Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.

²³⁹ Título 11 de las Recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de identificación genética del GHEP-ISFG, de 2 de junio de 2000, “La adecuada preservación de las muestras desde su recogida hasta su llegada al laboratorio es fundamental, ya que los indicios biológicos, especialmente los indicios húmedos y los líquidos son vulnerables a la degradación del ADN en pocas horas. Por ello es fundamental realizar un correcto empaquetado y que los indicios líquidos, los tejidos blandos y órganos y los indicios húmedos (si por algún motivo no es posible dejarlos secar) se mantengan y envíen refrigerados. Además, es imprescindible que todos los recipientes, ya sean tubos, bolsas, cajas...etc., estén correctamente identificados y precintados. Ya que esto es lo que nos va a garantizar la autenticidad e integridad de las muestras”.

Quinto; también los manuales de Policía Judicial establecen criterios sobre conservación, empaquetado y almacenado de muestras biológicas, pero no definen que debe entenderse por preservación de las muestras, sin embargo, coinciden en afirmar que dentro de las operaciones de inspección ocular “la principal misión es la custodia y la preservación de las pruebas”²⁴⁰.

Como hemos apuntado anteriormente no existe una definición legal de preservación de muestras, salvo la identificación que las normas citadas hacen sobre forma de garantizar la autenticidad e integridad de las muestras mediante su correcto envasado. Por lo cual debemos apoyarnos en la acepción de la Real Academia de la Lengua (RAE), la cual define la preservación como acción de proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro. Por lo que adaptándola a la cadena de custodia de las muestras, por preservación de las muestras debe entenderse *toda acción de conservar, resguardar o proteger de un daño o peligro las muestras para que puedan servir finalmente como pruebas de cargo o descargo en el proceso penal*.

B) Deficiente regulación en la LECRIM de la preservación de las muestras en la cadena de custodia

Una vez definida la preservación de las muestras, debemos exponer la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico al objeto de ver con qué preceptos normativos contamos para mejorar la cadena de custodia.

La LECRIM es bastante deficiente en cuanto a regulación sobre la preservación de las muestras, limitándose a prescribir de forma genérica la obligación que tiene la Policía Judicial, Médicos Forenses y Peritos de custodiar y conservar las muestras, efectos, instrumentos o pruebas del delito (arts. 326 in

²⁴⁰ Capítulo XIV de Inspección Ocular – Práctica, pág. 56 de los "Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial", aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 4/02/1999. Última edición expedida el 8 de mayo de 2008, de conformidad RD 769/1987. Capítulo 4.7.4 de Medidas preventivas del Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, actualizado el 31-05-11 por la Jefatura de Policía Judicial, de conformidad con la LOFCS 2/1986 y RD 769/1987.

fine, 338, 627 y 770.3ª LECRIM) y específicamente para las muestras de ADN se remite a su regulación mediante Real Decreto²⁴¹ 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 (Disposición Adicional 3ª LECRIM).

La LECRIM no utiliza el término preservar²⁴² las muestras, sino que utiliza el término conservar²⁴³ que es más genérico, no quedando incluido en este último el elemento esencial para la cadena de custodia como es el proteger las muestras de un daño o peligro, por lo que consideramos que se debería sustituir el término conservar por el de preservar. Así sucede en el artículo 367 ter. 4 de la LECRIM que previene a este respecto sobre objetos o efectos judiciales que “si los objetos no pudiesen conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime conveniente para conservarlos del mejor modo posible”, donde la utilización del término preservarlos incluiría no sólo la conservación sino también la evitación de cualquier peligro que pudiesen sufrir.

Cuando la LECRIM utiliza el término preservar, no lo hace como hemos indicado para proteger o conservar las muestras de posibles peligros, a excepción de los nuevos artículos 588 sexies c.1 y 588 septies a.2.e de la LECRIM²⁴⁴, de garantizar la preservación de la información contenida o almacenada en dispositivos informáticos intervenidos con autorización judicial, sino que lo hace

²⁴¹ El artículo 3 c) del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la CNUFADN establece como una de sus funciones la elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras. Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto de Toxicología, se configura como un órgano técnico cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia. Al amparo de esta norma se desarrolló la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF (BOE 19 Mayo 2010).

²⁴² La RAE define Preservar como proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro.

²⁴³ La RAE define Conservar como mantener algo o cuidar de su permanencia.

²⁴⁴ Última reforma LECRIM introducida por Ley 41/2015 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. Vigente desde el 6 de diciembre de 2015.

con la finalidad de proteger derechos y audiencias judiciales, como son la de preservar la finalidad del secreto en autos de prisión (art. 506.2), prohibir que se graben algunas audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales (art. 682) y preservar el orden de sesiones en el juicio oral (art. 682).

De lo anterior se desprende que ni las últimas reformas de la LECRIM²⁴⁵ salvo la excepción anteriormente expresada, ni los anteproyectos del nuevo Código Procesal Penal, incluyen expresamente la preservación de las muestras en la cadena de custodia de las pruebas, aún desarrollando un capítulo exclusivo sobre la cadena de custodia (arts. 357 a 360 CPP de 2011). Tan sólo refieren la preservación para la conservación de muestras informáticas el CPP de 2013 en su art. 349.1, el cual establece que la autorización judicial fijará las condiciones necesarias para asegurar los datos informáticos y las garantías de su preservación. En similar modo el CPP de 2011 expresa, que el auto judicial podrá autorizar la realización y conservación de datos informáticos y la preservación de la integridad de los datos almacenados (art. 347.3 CPP 2011).

Debemos destacar que aunque la LECRIM no reconozca expresamente la preservación de las muestras en la cadena de custodia, la jurisprudencia si lo viene haciendo desde hace años, sírvanos como ejemplo alguna sentencia²⁴⁶ que declara que “la impugnación no ha de ser meramente retórica o abusiva, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuales son los temas de discrepancia, si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en esta la preservación de la cadena de custodia”.

C) Regulación en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre preservación de las muestras en la cadena de custodia

²⁴⁵ Ley 41/015, de 5 de modificación de la LECRIM. “para la agilización de justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales”.Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM, “para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”.

²⁴⁶ SAP Les Illes Balears, Secc. 1. ª, de 27 de julio de 2007, núm. 89/2007.

A continuación, vamos a expresar algunos preceptos de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que contemplan medidas sobre preservación de muestras de ADN al objeto de extraer algunas recomendaciones sobre la forma de preservar las muestras, las cuales nos ayudarán a mejorar la cadena de custodia y al desarrollo de una futura regulación sobre la misma.

a) El Reglamento del Instituto Nacional de Toxicología aprobado por Real Decreto 862/1998, sobre la preservación de las muestras tan sólo regula que serán recogidas y enviadas, cumplimentando los impresos o formularios normalizados bajo instrucciones del Ministerio de Justicia a propuesta del Instituto Nacional de Toxicología (artículo 18), por lo que tan sólo nos permite extraer que las operaciones de preservación y envío de muestras deberá estar documentada o reflejarse en los formularios de cadena de custodia que el INTCF establezca.

b) Como hemos adelantado, el protocolo Médico-Forense regulado por Real Decreto 32/2009²⁴⁷, en su Anexo VII.1.2 sobre recomendaciones para la recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética en sucesos con víctimas múltiples, sobre la preservación de las muestras solamente establece que las muestras deben ser perfectamente envasadas para garantizar una adecuada preservación hasta su llegada al laboratorio. Para ello, es conveniente seguir las siguientes recomendaciones generales; empaquetar las muestras de forma individual, utilizar recipientes irreversibles o doble envase, preferentemente para fluidos biológicos, precintar los recipientes utilizados, mantener siempre separadas las muestra dubitadas de las muestras de referencia, debiendo todos los recipientes estar debidamente etiquetados y con la cadena de custodia cumplimentada.

²⁴⁷ Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.

c) Más exhaustivo sobre esta materia es el manual publicado en 2014 por miembros del Servicio de Biología del INTCF del Departamento de Madrid²⁴⁸ sobre estándares de toma de muestras con intervención corporal para estudios en genética forense, en el que dentro del apartado 4.3.D) denominado sistemas de preservación y transporte de muestras en la cadena de custodia, establece que “para garantizar una adecuada preservación de las muestras dubitadas e indubitadas es fundamental realizar un correcto envasado y para ello es conveniente seguir las siguientes recomendaciones generales; envasar las muestras de forma individual; precintar los envases o utilizar envases con cierre irreversible. Cuando sea necesario utilizar doble envase; los envases primarios siempre tienen que ir correctamente identificados y con el apartado de cadena de custodia cumplimentado; utilizar papel o cartón preferiblemente al plástico para evitar la degradación del ADN; siempre que sea posible dejar secar las muestras a temperatura ambiente en lugares protegidos; las muestras húmedas y líquidas y los tejidos blandos y órganos deben mantenerse y transportarse en refrigeración.

Este manual deja la posibilidad de preservar las muestras de ADN mediante otros sistemas, al afirmar que “aunque son muchos los sistemas que se pueden utilizar para envasar o empaquetar una muestra correctamente, se describen algunas recomendaciones, teniendo en cuenta el tipo de muestra y el sistema de recogida”, estableciendo así algunas recomendaciones específicas para recogida de muestras de ADN en hisopos húmedos, muestras líquidas, fragmentos de tejidos y órganos, huesos y dientes.

D) Manuales de Policía Judicial sobre preservación de las muestras en la cadena de custodia

Seguidamente vamos a exponer algunos manuales de Policía Judicial los cuales recogen criterios de prevención de muestras en general, entre las que se encuentran las muestras de ADN, aportando a las tareas de preservación de las

²⁴⁸ FERNÁNDEZ DE SIMÓN L. y ALONSO A., “Estándares de toma de muestras con intervención corporal para estudios en genética forense”. Boletín Galego de Medicina Legal e Forense nº 20. Enero 2014. pág. 19.

muestras otras prevenciones no contempladas en las normas anteriormente citadas, contribuyendo así a mejorar la preservación en la cadena de custodia.

Tres son los manuales de Policía Judicial a los que nos referiremos a continuación, los “Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial”, aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 4 de febrero de 1999, el Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil de 31 de mayo de 2011 y Normas de procedimiento de la Comisaría General de Policía Científica de 2009.

Antes de observar los manuales de Policía Judicial citados, debe tenerse presente que al recoger las muestras y removerlas de su lugar de origen por personal especializado, se debe adoptar la precaución que ha reconocido algún autor²⁴⁹ sobre que las muestras extraídas de su medio natural están sujetas a cambios en su estructura química debido a reacciones microbiológicas o químicas, por lo que su envasado debe de realizarse bajo técnicas de preservación de muestras que tengan por propósito el retardar los cambios químicos y biológicos de las muestras, cambios que inevitablemente ocurren al remover las muestras de ADN de su lugar de origen.

a) Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial.

El manual general de la Policía Judicial denominado criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial²⁵⁰ en su capítulo XIV sobre la práctica de la inspección ocular, establece unas actuaciones básicas y genéricas sobre remisión de muestras recogidas en una inspección ocular, limitándose a

²⁴⁹ SAWYER, C.; McCARTY, P. Chemistry for Environmental Engineering. McGraw Hill, New York, 1996. Las muestras extraídas de su medio natural están sujetas a cambios en su estructura química debido a reacciones microbiológicas o químicas, por lo que su envasado debe de realizarse bajo técnicas de preservación de muestras que tienen por propósito el retardar los cambios químicos y biológicos de las muestras, cambios que inevitablemente ocurren al remover las muestras de su lugar de origen.

²⁵⁰ Criterios Generales para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 4/02/1999. Última edición expedida el 8 de mayo de 2008, de conformidad RD 769/1987.

describir que los líquidos se embotellarán en frascos independientes embalándolos convenientemente, los sólidos en recipientes cerrados independientes, las telas impregnadas se remitirán envueltas en papeles, nunca en bolsas de plástico, para evitar descomposición y putrefacción, cada muestra se embalará independientemente, identificándola con una etiqueta, en la que se identifique el objeto a analizar, órgano judicial o unidad que los solicita, fecha, lugar de recogida, delito que se investiga, circunstancias en que fue recogida, así como cuantos extremos se estimen de interés, debiendo existir un documento anejo al envío de muestras, que acredite en todo momento la cadena de custodia, desde la toma de las muestras, debiendo quedar constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras.

b) Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil.

Más específico, pero sin ser vinculante ante los órganos judiciales, se muestra el manual de Policía Judicial de la Guardia Civil²⁵¹, en el que se afirma que dentro de las operaciones de inspección ocular la principal misión es la custodia y la preservación de las pruebas²⁵².

Este manual sobre la preservación de las muestras y concretamente en el apartado 6.2.1.2 de cadena de custodia de evidencias/muestras, establece unos criterios de prevención según el tipo de muestra a preservar que resumimos a continuación.

Con carácter general las muestras recogidas serán empaquetadas en bolsas oficiales de la Guardia Civil de papel y plástico, debiendo ser cumplimentadas correctamente de conformidad con las instrucciones que se dan en la parte inferior del anverso de cada uno de estos envases. A estos envases se les colocará

²⁵¹ Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, actualizado el 31-05-11 por la Jefatura de Policía Judicial, de conformidad con la LOFCS 2/1986 y RD 769/1987.

²⁵² Capítulo 4.7.4 de Medidas preventivas del Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil (31-05-2011) y "Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial" del Manual de Policía Judicial de 2008 para las FCSE, Capítulo XIV de Inspección Ocular Práctica, pág. 56.

un precinto o cierre, necesario para control de los mismos, garantizando así que no han sido abiertos o manipulados.

Las muestras perecederas como sangre, semen, restos biológicos de todo tipo, sustancias químicas volátiles, etc., necesitarán de envases especiales, teniendo en cuenta las siguientes prevenciones:

Primero, los productos químicos que tengan su propio envase original, debe respetarse evitando el trasvase evitando posibles riesgos de manipulación, además se perdería la información acerca del fabricante o proveedor, marca, calidad, rotulación de peligrosidad, contenido, etc.

Segundo, en muestras de explosivos los envases deben ser herméticamente cerrados (cierres falcon) y convenientemente rotulados en donde conste un número de referencia y pueda deducirse el lugar exacto de procedencia. En todos los casos han de mantenerse al abrigo de la humedad y el calor. Utilizar envases de vidrio para muestras que contengan residuos de explosivos con acetona, pues puede disolver el plástico.

Tercero, los residuos de disparo, se envasarán de conformidad con el Sistema Adhesivo para Extracción de Residuos (SAER) o envase especial que consta de portaminas, portamuestras de aluminio con disco adhesivo negro, envase y tapón de plástico, etiqueta para la rotulación y extracto de normas de empleo.

Cuarto, para el empaquetado de lámparas se utilizará una caja de plástico en la que previamente se habrá introducido una esponja para evitar que el filamento se pierda en el transporte, nunca quedará suelta en el interior del envase, sino fija por el casquillo y la esponja.

Quinto, el empaquetado de restos de vidrio debe hacerse siempre en bolsas de plástico de autocierre, nunca de vidrio.

Sexto, en muestras de tierra con acelerantes de incendios se tomarán en envases herméticos con tapadera de rosca, evitando la contaminación por contacto con utensilios de carga, como palas y otros útiles, debe utilizarse para el llenado la propia tapadera del envase.

Séptimo, las muestras biológicas (ADN) se empaquetarán estériles, en bolsas²⁵³ que se cerrará y se sellará en presencia del donante, de forma que en cualquier caso se garantice la cadena de custodia de las muestras obtenidas. El kit de recogida de muestras biológicas estará compuesto de hisopo (papel filtro, mango y extremo), caja soporte e impreso de consentimiento informado el cual debe ser firmado por el donante. Este envase debe estar debidamente rotulado, con indicación de la parte del cuerpo que se extrajo, con indicación de “Bio-Peligroso” (en evitación de Sida, hepatitis, etc.). En el precintado de envases con muestras de ADN se especificará el sistema empleado en el oficio de remisión, con sello de la unidad de Policía Judicial, firma, etc.

Octavo, en evitación de contaminaciones de las muestras al envasarlas, se utilizarán pinzas, guantes, cambiándose en cada uso, limpieza con lejía o alcohol inmediatamente después de utilizar tijeras, bisturís u otros utensilios.

Todos estos requisitos de preservación de las muestras expuestos estarán orientados a evitar el peligro de contaminación durante su manipulación por personal de Policía Judicial especializado, como así lo recoge la guía de procedimiento técnico nº 41 del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil de 2014, sobre directrices generales para la gestión de indicios/muestras (punto 6.1 toma de indicios) al amparo del presente manual de Policía Judicial de la Guardia Civil de 2011.

²⁵³ Según la Guía de procedimiento técnico nº 41 del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil de 8 de mayo de 2014, sobre directrices generales para la gestión de indicios/muestras de interés criminalístico, las bolsas empleadas para indicios con restos biológicos serán de papel de diversos tamaños. Del mismo modo las recomendaciones de GHEP-ISFG de 2000, prevén que las muestras de ADN se deberán empaquetar en bolsas de papel o cartón, evitando las bolsas de plástico, que condensan la humedad y favorecen la proliferación de bacterias que degradan el ADN.

c) Normas de procedimiento de la Comisaría General de Policía Científica.

En similares términos se muestran las normas de procedimiento de la Comisaría General de Policía Científica de 2009, estableciendo unas normas específicas para cada tipo de vestigio²⁵⁴, destacándose la adopción de medidas de protección adecuadas, como uso de guantes, mascarillas, monos, calzas, gafas, etc., que permitan realizar el trabajo sin riesgo y evitando la contaminación de los vestigios, referenciando, etiquetando y fotografiando cada vestigio, recogiendo los de forma individualizada, respetando la numeración y referenciado establecido en la fase de localización, el cual figurará en el embalaje utilizado en su guarda y transporte, siendo los embalajes individualizados, precintados y adecuados a las características de cada vestigio evitando su contaminación.

E) Recomendaciones GHEP-ISFG sobre genética forense de 2000

En los apartados anteriores sobre la preservación de las muestras hemos expuesto los principales enunciados recogidos por las normas y manuales de Policía Judicial sobre esta materia, los cuales debemos completar de forma más específica para las muestras de ADN con las recomendaciones de la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) y con la Orden JUS/1291/2010 sobre preparación y remisión de muestras al INTCF, al objeto de mejorar una futura norma sobre la cadena de custodia de las muestras de ADN en la que se recoja la correcta preservación de las muestras dentro de la fase de obtención.

Para la preservación de muestras genéticas de ADN, debemos apoyarnos en las recomendaciones del GHEP-ISFG de 2000 sobre recogida y envío de muestras con fines de identificación genética, el cual establece en su título 11 un sistema de empaquetado y preservación de muestras de ADN al objeto de garantizar la autenticidad e integridad de éstas, expresando que “la adecuada

²⁵⁴ DEL AMO RODRÍGUEZ, A., BARROSO VILLAREAL, G. y FERNANDEZ GARCÍA, A. I., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015. Págs. 149 a 153.

preservación de las muestras desde su recogida hasta su llegada al laboratorio es fundamental, ya que los indicios biológicos, especialmente los indicios húmedos y los líquidos, son vulnerables a la degradación del ADN en pocas horas. Por ello es fundamental realizar un correcto empaquetado y que los indicios líquidos, los tejidos blandos y órganos y los indicios húmedos (si por algún motivo no es posible dejarlos secar) se mantengan y envíen refrigerados. Además es imprescindible que todos los recipientes, ya sean tubos, bolsas, cajas...etc., estén correctamente identificados y precintados. Ya que esto es lo que nos va a garantizar la autenticidad e integridad de las muestras”.

Estas recomendaciones sobre la preservación también establecen que, a efectos de la identificación de las muestras, en todos los recipientes debe haber un espacio reservado para la identificación de las muestras, en el que debe constar, el número de referencia de la muestra, el tipo de muestra y a quien pertenece y/o la localización (título 11.1), así como debe haber un espacio dedicado a la cadena de custodia en el que conste, nombre o identificación, firma de la persona que realiza la recogida, fecha y hora de la recogida (título 11.2). También expresa recomendaciones sobre el empaquetado que expondremos en el siguiente epígrafe sobre el embalaje como preservación de las muestras (título 11.3).

F) Orden JUS/1291/2010 sobre preparación y remisión de muestras al INTCF

La Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF, no establece expresamente el término preservación de muestras, pero sí elementos esenciales de la misma como son las operaciones de preparación y remisión de muestras para análisis al INTCF, entre los que se encuentran la documentación de remisión de muestras que incluye datos esenciales como solicitante, asunto, estudio solicitado, sujeto de estudio, muestra y cadena de custodia (art. 3.3.f. y Anexo I), medios de preservación de las muestras como son

el embalaje, rotulado, etiquetado y transporte (arts. 4 a 9), y específicamente para la preservación de muestras para identificación genética establece unas precauciones para evitar la contaminación y degradación del ADN, así como señala el empaquetado y envasado más adecuado según el tipo de sustancia biológica a transportar hasta los laboratorios del INTCF (arts. 27 a 36).

De este modo esta Orden expresa algunos procesos que afectan a la integridad de las muestras (art. 28) estableciendo las siguientes precauciones para preservar las muestras como son: evitar la contaminación por material biológico humano distinto de la víctima, como curiosos o familiares, o por personas que colaboran en la investigación, de forma accidental o por desconocimiento, si no se mantienen unas precauciones mínimas y/o por defectos en el empaquetado de las muestras: evitar el traslado, normalmente accidental, de los indicios de una localización a otra, lo que puede dar lugar a su contaminación o a su pérdida; evitar la contaminación microbiológica, favorecida por la humedad y las altas temperaturas, incrementada por defectos en el empaquetado y conservación de las muestras hasta su envío al laboratorio; evitar la contaminación química por productos conservantes o por el revelado de huellas dactilares, que pueden comprometer el análisis de ADN; evitar la degradación del ADN por uso de luz ultravioleta para la búsqueda de indicios, y finalmente, evitar la interferencia con los análisis posteriores, eliminación o enmascaramiento de vestigios por el uso de reactivos para revelar manchas latentes.

También recoge unas medidas de prevención para la toma de muestras similares a las expresadas en los anteriores manuales y recomendaciones del GHEP, las cuales nos ayudarán igualmente a preservar las muestras, consintiendo éstas en aislar y proteger lo más rápidamente posible el lugar de los hechos y recoger los indicios biológicos; usar guantes limpios y cambiarlos con frecuencia, especialmente cuando se manipulan indicios biológicos susceptibles de tener distinto origen; evitar hablar, toser o estornudar sobre las muestras; usar mascarilla; bata, calzas u otro tipo de ropa protectora; utilizar instrumental desechable de un solo uso siempre que sea posible o limpiarlo bien antes de recoger cada indicio biológico; no añadir conservantes a las muestras; dejar las

muestras secar a temperatura ambiente, en un lugar protegido, antes de empaquetarlas para su envío al laboratorio; empaquetar cada muestra por separado, en bolsas de papel o cajas de cartón evitando utilizar plástico, los hisopos deben ser introducidos en cajas específicas para los mismos; es recomendable el uso de equipos que trabajen con luz en el rango visible del espectro; se recomienda el uso de reactivos con compatibilidad conocida para análisis genéticos y enviar inmediatamente las muestras al laboratorio (art. 29).

Así las cosas debemos tener en consideración que todas las operaciones de preservación expresadas en esta norma y en los diferentes manuales, deben realizarse escrupulosamente para conservar las muestras aptas para su posterior análisis, contribuyendo a su control mediante la adecuada cadena de custodia. Para este fin las normas deben constantemente adecuarse a los avances técnicos y científicos que se vayan produciendo, en favor de una mayor eficacia probatoria.

Concluimos este apartado exponiendo que la mencionada orden ministerial junto con los manuales y recomendaciones anteriormente expresados constituyen las principales normas que inspiran nuestra propuesta de regulación sobre la cadena de custodia de las muestras de ADN y que expondremos en las conclusiones finales junto con las que aportamos en los tres epígrafes siguientes sobre embalaje, requisitos del mismo y transporte, los cuales contribuyen igualmente en la preservación de las muestras.

2. El embalaje de las muestras como medio de preservación

A continuación vamos a exponer la importancia del embalaje como medio de preservación de las muestras en la cadena de custodia, para ello definiremos primeramente el concepto de embalaje así como la correcta forma de empaquetar las muestras, sirviéndonos de la legislación y manuales existentes, como: el Acuerdo Europeo sobre Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera

(ADR)²⁵⁵; Guía sobre reglamentación de Transporte de Sustancias Infecciosas de la Organización Mundial de la Salud (2015-2016); Reglamento (CE) número 1272/2008 del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas peligrosas; Real Decreto 717/2010, de 28 de mayo, de modificación del RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas; el RD 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos; y la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF.

Como expusimos anteriormente no existe un concepto en nuestra ley procesal de preservación²⁵⁶ y menos aún de embalaje de muestras, por lo que partiremos del concepto de la RAE²⁵⁷ como acción de resguardar los objetos, considerados como evidencia y futura prueba, inmovilizándolos y protegiéndolos dentro de una caja o recipiente protector para su transporte y envío a laboratorio o directamente al juzgado competente. Estos embalajes deberán estar sujetos a unas adecuadas técnicas de envasado, sellado, precintado, rotulado y etiquetado al objeto de garantizar la preservación de las muestras y la cadena de custodia de las mismas.

De este modo para la adecuada preservación de las muestras, debemos tener en cuenta la definición de embalaje que expresa el Acuerdo Europeo sobre Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera (ADR) como, “el recipiente o recipientes y todos los demás elementos o materiales necesarios para permitir al

²⁵⁵ ADR o Acuerdo Internacional de Materias Peligrosas por Carretera, firmado en Ginebra el 30 de septiembre de 1957, BOE de 7/11/1977, cuya última actualización entró en vigor en España el 1-01-17 (BOE nº 106 de 4-05-2017).

²⁵⁶ Por preservación de las muestras debe entenderse toda acción de conservar, resguardar o proteger de un daño o peligro las muestras para que puedan servir finalmente como pruebas de cargo o descargo en el proceso penal (enunciado propuesto en el apartado 2.1.A del Capítulo III de esta Tesis).

²⁵⁷ Caja o cubierta con que se resguardan los objetos que han de transportarse (RAE).

recipiente cumplir con su función de retención y cualquier otra función de seguridad” (Capítulo 1.2.1 Definiciones E), además esta norma establece definiciones de los diferentes tipos de embalajes como son; combinado, compuesto, de socorro, exterior, intermedio, de empresa y envases, pudiendo ser estos últimos envases interior, estanco, bidón, reconstruido y reutilizado.

La Orden JUS/1291/2010 no define el concepto de embalaje, pero sí recoge los embalajes más adecuados para el resguardo de las muestras, a cuyos enunciados nos referiremos a continuación.

Así con el fin de preservar las muestras esta Orden ministerial prevé que todas las muestras que se reciban en el INTCF deben llevar un triple embalaje de seguridad²⁵⁸, que constará de; un embalaje primario o envase, que está en contacto directo con la muestra, un embalaje secundario, que sirve de protección a uno o más recipientes primarios y finalmente un embalaje exterior o terciario, que es el que protege al embalaje secundario (arts. 4 Orden JUS/1291/2010).

El embalaje primario o envase que está en contacto directo con la muestra, debe ser un recipiente impermeable y estanco, de vidrio, metal o plástico dependiendo del tipo de muestra y de la temperatura de transporte. Su cierre debe de ser hermético empleándose para ello medios eficaces como, sellado de calor, tapón envolvente o cápsula metálica. Si se utilizan recipientes con tapón de rosca deberán reforzarse con cinta adhesiva (art. 5.1 Orden JUS/1291/2010).

El embalaje secundario que sirve de protección a uno o más recipientes primarios, será a prueba de derrames, debiendo contener material absorbente suficiente para absorber la totalidad del contenido de los recipientes primarios en

²⁵⁸ Esta misma clasificación de triple envase de seguridad, es tomada por el Manual de Manipulación de Materias Biológicas del Comité Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Guía 2015-2016 sobre reglamentación relativa al Transporte de Sustancias Infecciosas y Recomendaciones ONU sobre Transporte de Mercancías Peligrosas, también el Acuerdo Europeo sobre Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera (ADR) y Reglamento (CE) número 1272/2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas peligrosas.

caso de pérdidas líquidas de los recipientes primarios (artículo 4.2 Orden JUS/1291/2010).

Y finalmente el embalaje exterior es el que protege al embalaje secundario, mediante caja, cilindro, tambor, u otros, cuya solidez y dimensiones estarán acorde con las medidas, peso y fragilidad del material a embalar (art. 4.2 Orden JUS/1291/2010).

Como hemos expresado la Orden JUS/1291/2010 recoge como deben ser los embalajes para preservar las muestras en general, sin embargo esta norma no regula como deben de protegerse cuando contengan sustancias tóxicas o peligrosas que puedan producir riesgo para la salud o al medio ambiente, remitiéndose a la regulación especial vigente sobre estas materias, previendo que “cuando se envíen al INTCF muestras de sustancias que son o se sospeche que puedan ser infecciosas²⁵⁹ o que por su toxicidad o peligrosidad puedan constituir un riesgo para la salud y/o el medio ambiente, deberá observarse la normativa vigente, específica para cada caso, según el tipo de sustancia o materia, el grado de peligrosidad y el medio de transporte empleado” (art. 8 Orden JUS/1291/2010).

Así cuando se sospeche que las muestras biológicas puedan contener patógenos, los embalajes que contengan muestras de ADN deberían de cumplir como mínimo las medidas que el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC 2005) ha establecido en sus normas sobre manipulación de material biológico²⁶⁰, donde en su apartado 11.3 sobre transporte de muestras, expresa como se compone el embalaje y las medidas para preservar las muestras evitando contagios:

²⁵⁹ La OMS en su Guía 2015-2016 sobre reglamentación relativa al Transporte de Sustancias Infecciosas, define las sustancias infecciosas como; las sustancias respecto de las cuales se sabe o se cree fundadamente que contienen agentes patógenos.

²⁶⁰ Normas sobre manipulación de material biológico, del Instituto de Parasitología y Biomedicina “López Neyra” de Madrid, perteneciente al Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIS 2005).

Primera, un recipiente primario estanco en el que se colocará la muestra. Será de vidrio o de plástico de buena calidad. Debe permitir un cierre hermético que impida fugas. Los tapones de rosca (preferiblemente) o de corcho se sujetarán con alambre, cinta adhesiva u otro material seguro. El recipiente primario se envolverá en material absorbente (toallas de papel, algodón hidrófilo o guata de celulosa) en cantidad suficiente para absorber todo el líquido en caso de derrame.

Segunda, un recipiente secundario que ha de ser resistente y estanco. En él se pueden poner varias muestras en sus recipientes primarios. Se utilizará material de relleno para evitar daños por choques o golpes.

Tercera, una envoltura exterior para proteger el recipiente secundario de las influencias exteriores durante el transporte y de una posible manipulación. Será de un material lo suficientemente sólido como para que asegure la protección. A él irán adheridas las señas del destinatario y del remitente así como los adhesivos que exija el transportista sobre su contenido: etiqueta de sustancia infecciosa o de sustancias biológicas perecederas. En la parte exterior de este recipiente irá adherido un ejemplar del formulario de datos relativo a la muestra, así como cartas y demás material informativo que permitan identificarla o describirla. Los otros dos ejemplares son para el laboratorio receptor que lo recibirá con suficiente antelación por correo aéreo u otro y para el expedidor. Esto permite que el receptor identifique adecuadamente la muestra, esté prevenido sobre su llegada y pueda tomar las disposiciones oportunas para que manipulación y examen se hagan en condiciones de seguridad.

De este modo los embalajes que contengan muestras peligrosas entre los que se encontrarían las muestra biológicas de ADN sospechosas de contener patógenos, deberían de cumplir los requisitos prevenidos en los artículos 18 a 21 del Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias

peligrosas, aprobado por Real Decreto 363/1995²⁶¹, a los que se sumarían los recogidos por la Guía de la OMS 2015-2016 sobre reglamentación relativa al transporte de sustancias infecciosas, la Orden JUS/1291/2010 de envío de muestras al INTCF y normas del CSIC 2005 sobre manipulación de material biológico, por las que los embalajes y las operaciones de envasado deben cumplir unos requisitos mínimos para dar fiabilidad al tratamiento de las muestras de ADN y control mediante la cadena de custodia, como son:

a) Utilizar siempre el triple embalaje en la forma prevenida en la legislación anteriormente reseñada.

b) Estar concebidos y realizados de modo que se evite la pérdida del contenido, excepto cuando estén prescritos otros dispositivos de seguridad más específicos.

c) Los materiales con los que estén fabricados los envases y los cierres no deberán ser susceptibles al daño provocado por el contenido ni formar, con este último, combinaciones peligrosas.

d) Los paquetes con muestras para identificación genética deberán ser bolsas de papel o cajas de cartón evitando utilizar plástico. Los hisopos deben ser introducidos en las cajas específicas para los mismos.

e) Los envases y los cierres habrán de ser fuertes y sólidos en todas sus partes con el fin de impedir holguras y responder de manera segura a las exigencias normales de manipulación.

²⁶¹ RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas y el RD 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, modificado por el RD 717/2010, de 28 de mayo, de conformidad con Reglamento (CE) número 1272/2008 del Parlamento y del Consejo de UE de 16 de diciembre de 2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas peligrosas.

f) Si su cierre fuese reutilizable habrán de estar diseñados de forma que puedan cerrarse repetidamente sin pérdida de su contenido.

g) Antes de empaquetar las muestras se deben dejar secar a temperatura ambiente, en un lugar protegido y después se empaquetarán cada muestra por separado.

h) En la parte exterior del embalaje externo irá adherido un ejemplar del formulario de datos relativo a la muestra, así como cartas y demás material informativo que permitan identificarla o describirla. Los otros dos ejemplares son para el laboratorio receptor que lo recibirá con suficiente antelación por correo aéreo u otro medio al objeto de poder tomar las medidas oportunas para que manipulación y examen se hagan en condiciones de seguridad, a la vez que garantizan la mismidad de las muestras en la cadena de custodia.

3. Requisitos del embalaje en la preservación de las muestras

Una vez justificada la necesidad de preservar las muestras en general y especialmente las muestras de ADN mediante el sistema de triple embalaje, así como los requisitos mínimos de los envases interiores para dar fiabilidad al tratamiento de las muestras garantizando así la cadena de custodia en esta segunda subfase dentro de la segunda fase de la cadena de custodia o fase de obtención de las muestras de ADN, debemos continuar aportando los requisitos externos que todo embalaje debe cumplir para preservar correctamente las muestras antes y durante el transporte hasta el laboratorio. Debiendo tenerse en cuenta estos requisitos para una futura regulación sobre la cadena de custodia.

Para exponer los requisitos externos de los embalajes que contengan muestras genéticas, vamos a utilizar la legislación expresada en el apartado anterior para aportar los elementos esenciales del embalaje como son el sellado, el rotulado y el etiquetado de éstos, y que hemos denominado preservación mediante sellado del embalaje (A), rotulado del embalaje (B) y etiquetado del

embalaje (C), sin los cuales se podría alterar la cadena de custodia de las muestras, al no poder acreditarse su correcta identificación y manipulación de las muestras envasadas.

A) Preservación mediante sellado del embalaje

El sellado del embalaje al igual que el propio embalaje, constituye una acción de preservación de las muestras, y por ende de la cadena de custodia, donde el sellado²⁶² es la acción de tapar adecuadamente un envase, cerrándolo herméticamente o precintándolo.

Con el sellado del embalaje se trata de preservar las muestras, evitando que puedan salirse, perderse, disiparse, contaminarse, cambiar sus propiedades físicas o químicas, perjudicar la salud o el medio ambiente, o incluso ser cambiada o adulterada intencionadamente antes de llegar a su destino legal, como puede ser el laboratorio para análisis, o el juzgado directamente.

Al objeto de garantizar la hermeticidad de los embalajes, éstos deben contar con un adecuado sistema de cierre, sellado o tapado, de manera que en condiciones normales de transporte no pueda producirse ninguna pérdida de contenido causada por vibraciones, o por cambios de temperatura, humedad, o presión²⁶³. De este modo el sellado o tapado hermético de los embalajes y envases, está recogido tanto en normas internacionales como nacionales, destacando las Recomendaciones de la ONU sobre reglamentación de Transporte de Materias Peligrosas 2009 (16ª edición)²⁶⁴, Acuerdo Europeo Transporte

²⁶² Según la RAE (4ª acepción), sellar es “cerrar herméticamente algo, precintar”.

²⁶³ Recomendaciones de la ONU sobre reglamentación de Transporte de Materias Peligrosas 2009 (16ª edición) y Acuerdo Europeo Transporte Internacional de Materias Peligrosas por Carretera (ADR 2017), la última actualización entró en vigor en España el 1-01-17 (BOE nº 106 de 4-05-2017). 1 julio 2015 (BOE nº 91 de 16-04-15).

²⁶⁴ Las Recomendaciones de la ONU para el Transporte de Materias Peligrosas, han sido recogidas por la normativa internacional de Transporte de Materias Peligrosas por Carretera (ADR), por Ferrocarril (RID), por vía Aérea (OACI), Marítima (IMDG) y Reglamentación de Transporte de Sustancias Infecciosas de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Internacional de Materias Peligrosas por Carretera (ADR), Guía sobre reglamentación de Transporte de Sustancias Infecciosas de la Organización Mundial de la Salud (2015-2016), Reglamento (CE) nº 1272/2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas²⁶⁵, Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos aprobado por el RD 255/2003²⁶⁶ y Orden JUS/1291/2010 sobre normas de remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF.

Aunque el sellado podría perfectamente formar parte del embalaje primario o envase interior, como así lo recogen algunas normas como el RD 255/2003 o el Reglamento (CE) 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas²⁶⁷, hay que separarlo del envase por la gran importancia que tiene para garantizar la conservación, inviolabilidad, estabilidad, evitación de fugas, oxidaciones, contaminaciones o pérdidas de propiedades de las muestras adulterando el análisis posterior y de este modo perjudicar la cadena de custodia, como así lo establece la Guía de transporte de sustancias infecciosas de la OMS, previniendo ésta que para asegurar la estanqueidad de los envases se utilizarán medios eficaces como, tapones de faldón o cápsulas metálicas engastadas. Si se utilizaran tapones roscados, éstos se reforzarán con medios eficaces, tales como bandas, cintas adhesivas de parafina o cierres de fijación fabricados a tal fin

A nivel europeo la Directiva 94/55/CEE adopta el ADR, Directiva 96/35/CEE, sobre los consejeros de seguridad para el transporte por carretera, ferrocarril o vía navegable interior, Directiva 96/49/CEE, que adopta el RID (Ferrocarril), Directiva 98/74/CE sobre las condiciones mínimas exigidas a los buques que transporten mercancías peligrosas o contaminantes, Directiva 1999/36/CEE sobre equipos a presión transportables.

²⁶⁵ Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, ha sido modificado por Reglamento (UE) Nº 487/2013 de la Comisión DOUE de 1-06-13, última edición revisada de la SGA de etiquetado de productos químicos y peligrosos de la ONU 2011.

²⁶⁶ El RD 717/2010, de 28 de mayo, que incorporó al derecho interno el Reglamento (CE) nº 1272/2008, modifica los Reglamentos previstos en los RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

²⁶⁷ Reglamento (CE) 1272/2008 en su art. 35.1.c) dice “Los envases y los cierres habrán de ser fuertes y sólidos en todas sus partes con el fin de impedir holguras y responder de manera segura a las exigencias normales de manipulación” y el Anexo II. 3. Reglas Particulares de envasado “Envases que deben ir provistos de cierre de seguridad para niños” (3.1.1.).

(Anexo 3 de las instrucciones de embalaje/envasado P620 de la Guía de transporte de sustancias infecciosas de la OMS 2015-2016).

El cierre, sellado o precintado se practicará siempre al embalaje primario o envase interior por estar en contacto físico con las muestras que se preservan, debiendo estar construido de un material que no reaccione con el contenido del envase ni física ni químicamente, así como el cierre no debe sorber componentes del producto o de la muestra envasada.

La Orden JUS/1291/2010, al igual que ocurre con el embalaje, no define el concepto de cierre o sellado, pero sí establece en su artículo 5.1 que los embalajes primarios deberán ser herméticos. Para garantizar su hermeticidad se utilizarán medios eficaces como el sellado al calor, tapón envolvente o cápsula metálica, y si se utilizan recipientes con tapón de rosca deberán reforzarse con cinta adhesiva. Este mismo procedimiento de “precintado” está previsto en la Instrucción de la DGT²⁶⁸ para el sellado de los tubos de ensayo que contengan muestras salivares o de sangre por infracciones de conducción bajo efectos de las drogas o del alcohol, remitiendo directamente a esta Orden Ministerial. Si bien este sellado del cierre se realiza con cinta adhesiva u otro adhesivo superpuesto con la rotulación de “Precinto de Seguridad”.

En cuanto a las sustancias y mezclas peligrosas el artículo 35 del Reglamento (CE) nº 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas peligrosas, prevé que los cierres de los envases no deberán ser susceptibles al daño provocado por el contenido, ni formar con este último, combinaciones peligrosas. Los cierres deberán ser fuertes y sólidos en todas sus partes con el fin de impedir holguras y responder de manera segura a las exigencias normales de manipulación, cuando los cierres sean reutilizables habrán de estar diseñados de forma que puedan cerrarse repetidamente sin pérdida de su contenido.

²⁶⁸ Instrucción DGT 12/TV-73 sobre realización de pruebas de detección estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas.

A este respecto y para evitar pérdidas, deterioros o manipulaciones indebidas de las muestras líquidas preservadas en los envases antes de su llegada al laboratorio, el GHEP-ISGF²⁶⁹ recomienda que los cierres de tubos de ensayo que contengan líquidos sean irreversibles, y los frascos con cierre de rosca o rosca hermética serán precintados, debiendo entenderse este “precintado” como reforzamiento con cinta adhesiva.

Además de los cierres herméticos o sellado de los envases vistos hasta ahora, debemos tener en consideración por su precisión y mejoramiento en los cierres de los envases, los previstos para los medicamentos por la Real Farmacopea Española²⁷⁰, por constituir herramientas que pueden ofrecer gran fiabilidad para garantizar las muestras, sobre todo cuando se trata de materias líquidas, gaseosas, biológicas (ADN) o peligrosas.

De este modo los envases previstos por la Farmacopea Española son perfectamente compatibles con los reseñados en la Orden JUS/1291/2010, por lo que para garantizar mejor el tipo de muestra, debemos tener presente la composición y cualidades de la misma, escogiendo el envase hermético y cierre más adecuado entre los siguientes tipos:

Envase bien cerrado: protege el contenido de la contaminación por materias extrañas sólidas o líquidas, así como de la pérdida de contenido en condiciones normales de manejo, conservación, almacenamiento y transporte.

Envase hermético: es impermeable a los sólidos, a los líquidos y a los gases en condiciones normales de manejo, conservación, almacenamiento y transporte.

²⁶⁹ Recomendaciones para la Recogida y Envío de Muestras con Fines de Identificación Genéticas del grupo hispano-luxo GEP-ISFG año 2000 (punto 11.1.1).

²⁷⁰ La Real Farmacopea Española es el compendio legal de calidad de medicamentos, código de referencia para todos los ámbitos relacionados con el medicamento, establece el código de calidad que deben cumplir los principios activos y excipientes que entran en la composición de los medicamentos de uso humano y veterinario, según establece el artículo 11.3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Si el envase está destinado a ser abierto más de una vez, debe estar diseñado de manera que recupere su hermeticidad cada vez que vuelva a cerrarse.

Envase sellado: es un envase cerrado por fusión del material que constituye el envase.

Envase con cierre inviolable: es un envase cerrado provisto de un dispositivo especial que revela inequívocamente si ya ha sido abierto.

Envase inyectable: es un envase con tapón de material elastomérico con cápsula metálica, que se pliega sobre el recipiente, donde la parte central de la cápsula presenta una lengüeta fácilmente separable para perforar con una aguja de inyección el tapón. La cápsula puede estar protegida por un disco de plástico sobrepuesto.

Envase con cierre de garantía: consiste en un envase con tapa roscada con una banda fina (anillo o precinto de garantía) del mismo material unida por cortos segmentos a la tapa, que se rompen al girar ésta por primera vez, constituyendo este mecanismo un sistema perfectamente fiable para garantizar que cualquier tipo de muestra no ha sido manipulada antes de su llegada al laboratorio.

Una vez expuestos los diferentes tipos de cierres de los envases, debemos de concluir afirmando que la mejor y más eficaz forma de preservar las muestras biológicas que contengan ADN, las cuales pueden ser líquidas, sólidas, peligrosas o infecciosas, es mediante frascos herméticos provistos de cierre irreversible, inviolable o de garantía. Ya que estos cierres además de preservar idóneamente las muestras evitando derrames y contaminaciones con otros elementos extraños, que revelarían a simple vista si el recipiente ha sido abierto al menos una vez, provocando de este modo la vulneración de la cadena de custodia de las muestras de ADN, dando lugar a dudar de la mismidad de la sustancia biológica o incluso provocar resultados incorrectos o negativos en los análisis que se practiquen en el laboratorio.

B) Preservación mediante rotulado del embalaje

El rotulado o marcado del embalaje de las muestras también contribuirá a la adecuada preservación de las muestras de ADN, mejorando la cadena de custodia.

Al igual que el sellado, el rotulado del embalaje constituye otra acción de preservación de las muestras, porque identifica el contenido, origen y destino de las muestras controladas por la cadena de custodia. Así el rotulado²⁷¹ sería la acción de poner un letrero o inscripción con que se indica o da a conocer el contenido, objeto o destino del embalaje.

El rotulado o marcado de embalajes y envases está recogido tanto en normas internacionales, de la Unión Europea y de ámbito nacional relacionadas con la preservación de sustancias peligrosas y que anteriormente hemos reseñado²⁷², destacando a nivel nacional el RD 255/2003 sobre Clasificación,

²⁷¹ Según la RAE, en su 2ª acepción, Rótulo es el letrero o inscripción con que se indica o da a conocer el contenido, objeto o destino de algo, o la dirección a que se envía.

²⁷² Las Recomendaciones de la ONU sobre Transporte de Materias Peligrosas (2013) establece en su Capítulo 5.3 como deben ser la rotulación y marcado de las unidades de transporte, siendo incorporadas en las distintas reglamentaciones como el Acuerdo Europeo Internacional de Transporte de Materias Peligrosas por Carretera (ADR), Reglamento de Transporte Materias Peligrosas por Ferrocarril (RID), Instrucciones Técnicas para el Transporte de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea de la OACI y Código Internacional Marítimo de Mercancías Peligrosas (IMDG). El Acuerdo Europeo Internacional de Materias Peligrosas (ADR 2017), prevé que el expedidor debe declarar que la carga está correctamente clasificada, embalada, marcada, etiquetada, *rotulada* y bien acondicionada a todos los efectos para ser transportada de conformidad con las reglamentaciones internacionales y nacionales aplicables (última actualización entró en vigor en España el 1-01-17, BOE nº 106 de 4-05-2017). La Guía sobre reglamentación de Transporte de Sustancias Infecciosas de la OMS (2007), no recoge la “rotulación”, pero sí la “marcación” como marcas en los paquetes o embalajes exteriores que proporcionan información acerca de su contenido, la naturaleza del peligro que suponen y las normas de embalaje aplicadas, las cuales se ubicarán de modo tal que sean claramente visibles y que no las cubra ninguna otra etiqueta o marca. Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, modificado por el Reglamento (UE) nº 487/2013 de la Comisión DOUE de 1-06-13, adaptando la última edición revisada de la SGA de etiquetado de productos químicos y peligrosos de la ONU 2011, en su artículo 31.3 determina que los elementos de la etiqueta a que hace referencia el artículo 17, apartado 1, estarán marcados de forma clara e indeleble. Deberán destacar claramente del fondo y tener un tamaño y llevar una separación que faciliten su lectura. El RD 717/2010, de 28 de mayo, que incorporó al derecho interno el Reglamento (CE) nº 1272/2008, modificando los Reglamentos; RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas y el RD 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

Envasado y Etiquetado de Preparados Peligrosos, siguiendo a otras normas como el Reglamento (CE) 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, los cuales sustituyen el término rotulado por marcado, incluyéndolo como requisito del etiquetado. Sin embargo el RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, diferencia el marcado del etiquetado de los bultos (Anejo 2.3 sobre comprobaciones de la carga), por lo que el rotulado sería igualmente la acción de colocar inscripciones en los envases tanto dentro como fuera de las etiquetas y con los que se indica o da a conocer el contenido, objeto o destino del embalaje.

Siguiendo con la normativa española el reglamento que mejor regula el rotulado de los envases que contienen muestras objeto de análisis es una vez más la Orden JUS/1291/2010, aunque su ámbito de aplicación es únicamente para remisión exclusiva de muestras a los laboratorios del INTCF, esta norma debe ser extensiva a otros laboratorios homologados que carezcan de un protocolo más adecuado, al objeto de mejorar el rotulado de los envases que porten muestras y a su vez la cadena de custodia de éstas mientras no se regule otra norma más general.

De este modo tal y como dispone la Orden JUS/1291/2010, el rotulado es el conjunto de textos explicativos que debe de contener todo embalaje con la finalidad de identificar el contenido, origen y destino de las muestras (art. 6.1).

Esta Orden también prevé en su artículo 6.2, que en los recipientes primarios deberán estar provistos de una etiqueta rotulada con expresión del contenido, nombre del individuo en su caso, juzgado, número de procedimiento y fecha u otro sistema de identificación inequívoco como identificaciones escritas o codificados con código de barras, numérica, alfabética, QR, Bidi, etc., mientras que el embalaje exterior debe de incluir un formulario de remisión de paquetes debidamente cumplimentado, datos indicativos del tipo de material que contiene: biológico, infeccioso, no infeccioso, inflamable, etc., y si fuera necesario utilizar

más de un embalaje exterior para el envío, se hará constar número y el orden de los embalajes. En el embalaje que contiene la documentación del caso deberá constar el rótulo “Contiene documentación”.

La Orden JUS/1291/2010 incorpora unos datos mínimos de identificación de las muestras en sus etiquetas (arts. 14 y 18), pero no regula la rotulación o marcación especial para muestras que entrañan peligro en su manipulación, pudiendo dañar la salud o el medio ambiente. Por lo que al igual de lo que previenen los artículos 7 y 8, que remiten a la normativa especial según el medio de transporte empleado cuando se trate de muestras infecciosas, tóxicas o peligrosas, éstas deberían ser rotuladas conforme a lo prevenido en el Reglamento (CE) nº 1272/2008 modificado por el Reglamento (UE) nº 487/2013 sobre etiquetado de productos químicos y peligrosos de la ONU.

Esta última norma en su artículo 2 sobre definiciones, establece términos o frases a incluir en la rotulación, como son:

Pictograma de peligro o composición gráfica que contiene un símbolo más otros elementos gráficos, como un contorno, un motivo o un color de fondo, y que sirve para transmitir una información específica sobre el peligro en cuestión.

Palabra de advertencia o vocablo que indica el nivel relativo de gravedad de los peligros para alertar al lector de la existencia de un peligro potencial, utilizando las palabras *peligro* o *atención* según su mayor o menor gravedad.

Indicación de peligro o de recomendaciones como los *consejos de prudencia* que son medidas recomendadas para minimizar o evitar los efectos adversos causados por la exposición a una sustancia o mezcla peligrosa durante su uso o eliminación, estando rotulados con una letra y un número que se corresponde con el consejo que deben de adoptar las personas que manipulan el envase o paquete que contiene las muestras.

Lo más importante, en cuanto a rotulación y marcación de los dispositivos que porten muestras, es que tanto los embalajes exteriores como en los envases interiores figuren siempre rotulado el nombre de la sustancia o mezcla que contiene, junto con el número de identificación del producto peligroso, conforme al sistema globalizado de homologación de Naciones Unidas actualizado (SGA), porque nos informará de la materia peligrosa contenida evitando manipulaciones indebidas que pueden perjudicar a las personas, a las evidencias mismas y a su cadena de custodia.

De forma más específica para la rotulación o marcación de envases que contengan muestras de ADN, sería suficiente consignar en el embalaje el nombre de la sustancia (sangre, saliva, sudor, piel, uñas, huesos o cabellos), seguida de los números UN 3373 para sustancias biológica (categoría B) y UN 2814 o UN 2900 para sustancias biológicas infecciosas que afecta a los seres humanos o los animales respectivamente (categoría A), además de estampar cualquier otra rotulación de interés como; nombre y número de teléfono del expedidor y responsable; advertencias sobre el peligro o cualquier otra recomendación, independientemente de las obligatorias etiquetas que reseñaremos a continuación.

C) Preservación de las muestras mediante etiquetado del embalaje

Otro elemento o requisito necesario para la preservación de las muestras lo constituye el etiquetado del embalaje.

Aunque el etiquetado podría confundirse con el rotulado, como así lo expresan algunas normas de transporte de materias peligrosas²⁷³, debemos de diferenciarlo de éste último, pues las rotulaciones como hemos expuesto anteriormente pueden insertarse en los embalajes individualmente como mensajes, recomendaciones, advertencias, etc., o bien formar parte de las

²⁷³ Enmiendas al Reglamento relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por ferrocarril (RID 2015), BOE nº 46 de 23-02-15, en su apartado 5.1.3.1, sobre procedimiento de expedición, dispone que los embalajes que hayan contenido mercancías peligrosas de diferentes clases distintas de la clase 7, deberán ser marcados y etiquetados o rotulados (placas-etiquetas) como si estuvieran llenos.

etiquetas. Sin embargo, las etiquetas son adhesivos más completos que nutre de información el contenido de los envases, portando pictogramas, números de seguridad e incluso diversas rotulaciones complejas.

De este modo debemos definir las etiquetas como un adhesivo que debe de identificar el tipo de sustancia que contiene el envío y las características especiales de manejo, debiendo ser de material perdurable, legible y fácilmente visible en el embalaje exterior, como así lo expresa el art. 7 de la Orden JUS/1291/2010.

Sobre el etiquetado hay que destacar el Reglamento (CE) 1.272/2008²⁷⁴ sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias, el cuál sin llegar a definir el concepto de etiqueta, sí incluye todo lo que debe contener una etiqueta de envase de sustancias y preparados peligrosos, como son: nombre, dirección y el número de teléfono del proveedor o proveedores; cantidad nominal de la sustancia o mezcla contenida en el envase a disposición del público en general, salvo que esta cantidad ya esté especificada en otro lugar del envase; identificadores del producto, pictogramas de peligro, palabras de advertencia, consejos de prudencia apropiados y una sección de información suplementaria (art. 17).

Aunque los Reglamentos (CE) tienen efecto directo y prevalecen sobre el derecho de los estados miembros de la Unión Europea²⁷⁵, debemos completar su regulación con las normas de derecho interno como el Real Decreto 363/1995²⁷⁶ sobre comercialización, clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, norma ésta que podría ser de aplicación a los envases que contengan

²⁷⁴ Modificado por Reglamento (UE) nº 487/2013 de la Comisión DOUE de 1-06-13, para adaptación al progreso científico y técnico el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias y mezclas peligrosas, comercializadas en el mercado interior (SGA de etiquetado de productos químicos y peligrosos de la ONU 2011).

²⁷⁵ Reglamento (UE) nº 487/2013 se aplicará a las sustancias a partir del 1-12-14, y a las mezclas a partir del 1-06-15. El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro (artículo 3).

²⁷⁶ Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre comercialización, clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas para el hombre y el medio ambiente.

muestras biológicas con ADN, por su posibilidad de infección o contaminación con patógenos, la cuál previene que las sustancias peligrosas sólo podrán ser comercializadas cuando el etiquetado de sus envases ostenten de manera legible e indeleble al menos en la lengua española oficial del estado, las condiciones que los reglamentos CE²⁷⁷ regulan sobre materias peligrosas (art. 19).

Más específicamente la Orden JUS/1291/2010 (art. 7) prevé tres tipos de etiquetas; biológico, diverso y de posición. Sin embargo cuando se trate de muestras orgánicas que puedan contener sustancias infecciosas, tóxicas o peligrosas, se ajustarán a la regulación especial según el tipo de transporte utilizado (arts. 8 y 9), por lo que les será de aplicación el Acuerdo europeo sobre transporte de mercancías peligrosas por Carretera (ADR), Instrucciones de la organización de aviación civil internacional (OACI), Código de la organización marítima internacional (OMI), Reglamento internacional de mercancías peligrosas por ferrocarril (RID) y Manual del correo postal publicado por la Unión Postal Universal (UPU).

De este modo para todo tipo muestras que contengan material biológico de ADN que sean remitidas tanto a laboratorios del INTCF o a cualquier otro acreditado para este tipo de análisis, deberá aplicársele a los embalajes el etiquetado previsto en la guía de transporte de sustancias infecciosas de la OMS (2015-2016), categoría A con números UN 2814 o UN 2900 para sustancias biológicas infecciosas que afectan a los seres humanos o a los animales, siendo estas etiquetas de dos tipos:

a) Etiquetas de peligro; con forma de cuadrado orientado en un ángulo de 45° (romboides), requeridas para la mayoría de las mercancías peligrosas de todas las clases, utilizándose para sustancias infecciosas de categoría A, en la que

²⁷⁷ Directiva 2008/68/CE, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas (derogó las Directivas 94/55/CE, 96/49/CE, 96/35/CE y 2000/18/CE), Directiva 98/74/CE condiciones mínimas exigidas a los buques que transporten mercancías peligrosas o contaminantes, Reglamento (UE) nº 965/2012, sobre transporte aéreo de mercancías peligrosas y Reglamento (CE) nº 1272/2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

figurar: nombre de sustancia infecciosa, dimensiones mnimas de 100100 mm y para embalajes pequeos 5050 mm, nmero de etiquetas por paquete y de color blanco y negro. Adems se mostrar un rotulado en el embalaje exterior con la expresin INFECTIOUS SUBSTANCE. En algunos pases se exige incluir la siguiente advertencia, “Si el paquete sufre daos o fugas, notfquelo inmediatamente a las autoridades de salud pblica”.

b) Etiquetas de manipulacin; de diversas formas, se colocar de forma aislada o junto con las etiquetas de peligro, para algunas mercancas peligrosas, fijndose en el exterior de todos los paquetes destinados a la expedicin de mercancas peligrosas, excepto los sujetos a exenciones especficas. Siendo la ms usual la etiqueta de orientacin, de dimensiones 74105 mm, colocndose en los dos lados opuestos, de colores blanco y negro o blanco y rojo. Tambin podr mostrarse en la tapa superior del paquete las expresiones “THIS SIDE UP” (ESTE LADO ARRIBA) o “THIS END UP” (ESTE EXTREMO ARRIBA).

En resumen y para una mejor comprensin del adecuado embalaje, sellado, rotulado y etiquetado de los envases que contengan muestras biolgicas de ADN, siguiendo las recomendaciones legales insertadas en este epgrafe y al objeto de mejorar la preservacin de las muestras en la cadena de custodia, incorporamos a continuacin dos esquemas de embalaje triple de sustancias biolgicas (Categora B nmero UN 3373) y biolgicas infecciosas (Categora A nmeros UN 2814 y UN 2900), obtenidos de la Gua sobre reglamentacin de transporte de sustancias infecciosas de la OMS de 2015-216²⁷⁸ donde se observa posicin y caractersticas de las etiquetas, as como el resto de elementos externos rotulados en estos embalajes.

²⁷⁸ http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/149288/1/WHO_HSE_GCR_2015.2_eng.pdf?ua=1&ua=1

Esquema de embalajes UN 3373 para sustancias biológicas de categoría B (Guía sobre la reglamentación relativa al transporte de sustancias infecciosas de la OMS 2015–2016).

Esquema de embalaje UN 2814 y UN 2900 para sustancias biológicas infecciosas humana y animal de categoría A (Guía sobre la reglamentación relativa al transporte de sustancias infecciosas de la OMS 2015–2016).

III. TRANSPORTE DE LAS MUESTRAS EN LA CADENA DE CUSTODIA

A la segunda subfase de preservación y embalaje de las muestras expuestas en el apartado anterior, dentro de la primera fase de la cadena de custodia le seguirá una tercera y última subfase llamada de transporte de las muestras.

Esta etapa de la cadena de custodia tiene por finalidad plasmar la forma más adecuada de transportar las muestras hasta los laboratorios y centros acreditados, preservando las muestras de posibles deterioros, contaminaciones o pérdidas que pudiesen sufrir durante el envío, al objeto de mejorar la cadena de custodia de las muestras y especialmente de las muestras de ADN.

Para ello vamos a expresar primeramente la definición de transporte de las muestras al objeto de adecuar la legislación a las operaciones de la cadena de custodia (1), continuando con los enunciados que sobre envíos y transporte de muestras observa la LECRIM (2), y en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que mejor regulan el transporte de las muestras de ADN (3), finalizando con una exposición de las garantías que debe proporcionar el transporte en la cadena de custodia de las muestras de ADN, teniendo en cuenta la legislación aplicable en materia de transportes para la remisión de muestras a los laboratorios y otros centros acreditados (4).

1. Definición de transporte de muestras en la cadena de custodia

El transporte de las muestras de ADN constituye otra etapa fundamental en la fase de obtención de las muestras en la cadena de custodia, pues su inadecuado

transporte puede provocar la pérdida, el deterioro o la manipulación de las evidencias y por ende perjudicar la finalidad de constituirse como prueba en la vista judicial pudiendo ser inadmitidas²⁷⁹ o anulables²⁸⁰.

En esta tercera subfase o de transporte de las muestras estableceremos unas medidas sobre el adecuado envío de las mismas a laboratorios y otros centros acreditados asegurando su control mediante la cadena de custodia, para lo cual, lo primero que debemos expresar es lo que se entiende por transporte de muestras en la cadena de custodia.

La LECRIM define de una forma incipiente e implícita el concepto de transporte²⁸¹, identificándolo con el *envío* o remisión de muestras al laboratorio (artículo 778.3), a la autoridad judicial (artículo 798.1.8ª) o al depósito (artículo 338). Siendo estas acepciones similares a las que ofrece el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²⁸² de la palabra *transporte*, como “acción de

²⁷⁹ SSTs núm. 1349/2009, de 29 de diciembre de 2009 y núm. 530/2010, de 4 de junio de 2002 (Ponente en ambas Maza Martín, J. M.) “La irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que, en todo caso, vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa, y, en segundo lugar, que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que lo analizado es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones”.

²⁸⁰ SSTs 501/2005, de 19 de abril, 190/2009, de 3 de diciembre, y 53/2011, de 10 de febrero. Esta jurisprudencia ha reconocido que la ausencia de determinados datos, tales como la identificación del número de agente, número del DNI del porteador, firma de éstos, falta de código numérico de las muestras o etiqueta adhesiva de precinto, supone que nadie se ha hecho responsable de ese objeto, o simplemente no se corresponden las muestras con las guiadas, dando lugar a la inverosimilitud de las muestras transportadas en el envío, pudiendo haber estado las muestras en manos de cualquiera, atentando contra el debido control y garantías de las muestras mediante la cadena de custodia.

²⁸¹ El artículo 338 LECRIM expresa que “los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o *envío* al organismo adecuado para su depósito”. También expresa sobre el transporte de la correspondencia escrita o telegráfica que “No se requerirá autorización judicial en los envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al *transporte y tráfico* de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido” (artículo 579.4.a).

²⁸² Transporte: Acción de llevar personas o cosas de un lugar a otro. Del latín *trans* “al otro lado” y *portare*, “llevar”. Envío: Acción de enviar algo o a alguien a algún sitio (RAE).

llevar cosas de un lugar a otro”, y de la palabra *envío*, como “acción de llevar algo a algún sitio”.

Sin embargo, ambas acepciones carecen de rigurosidad jurídica para la cadena de custodia de las muestras, al no plasmarse en una norma específica sobre el adecuado procedimiento de transporte o envío de muestras garantizado por la cadena de custodia, por lo que debemos suplir esta carencia con el derecho sustantivo respecto al transporte de mercancías en general y adaptarlo a su vez al transporte de muestras de ADN.

De este modo la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías²⁸³, en su artículo 2.1 define el transporte como “aquel contrato por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato”. Más específico resultaría la definición del acuerdo europeo de mercancías peligrosas ADR²⁸⁴, el cual afirma que el “transporte es el cambio de lugar de la mercancía peligrosa, incluidas las paradas necesarias para las condiciones de transporte, incluida la estancia de las mercancías peligrosas en los vehículos, cisternas y contenedores necesaria por las condiciones de tráfico antes, durante y después del cambio de lugar”. Esta definición engloba también la estancia temporal intermedia de las mercancías peligrosas con finalidades de cambio de modo o de medio de transporte (transbordo).

Una vez despejado este entresijo normativo y lingüístico, teniéndose en cuenta lo prevenido en la Ley 15/2009 de contrato de transporte terrestre de mercancías, diccionario de la RAE y propia LECRIM sobre esta materia,

²⁸³ El contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por los tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de esta ley. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil (Artículo 2.2 Ley 15/2009).

²⁸⁴ ADR 2017 o Acuerdo europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (BOE nº 106 de 4-05-2017), CAPÍTULO 1.2.1 Definiciones; “transporte”.

debemos definir el transporte de las muestras a efectos de fundamentar la tercera subfase de la cadena de custodia dentro de la fase de obtención, como *“el traslado o envío de muestras del lugar en que fueron halladas una vez recogidas y embaladas convenientemente hasta el laboratorio, juzgados o depósito correspondiente, empleando para ello cualquier medio de transporte legalmente regulado, respetando todas las prescripciones técnicas del mismo bajo criterios de licitud y fiabilidad”*.

2. Regulación de transporte de muestras en la LECRIM

La actual LECRIM no regula procedimiento alguno sobre traslado o envío de muestras hasta los laboratorios, autoridad judicial o depósitos correspondientes, limitándose a prescribir la obligación de la Policía Judicial de recoger y enviar los instrumentos, armas y efectos del cuerpo del delito al organismo adecuado para su depósito (artículo 338 LECRIM), poniendo los instrumentos o pruebas del delito a disposición de la autoridad judicial (artículos 282 y 770.3ª LECRIM), adquiriendo y transportando los objetos, efectos o instrumentos del delito (artículo 282 bis LECRIM) o bien *remitiendo* el resultado del análisis al juzgado (artículos 778.3 y 796.1.6ª LECRIM). Tampoco los anteproyectos de Código Procesal Penal (CPP de 2011 y CPP de 2013) hacen alusión al concepto ni régimen jurídico del transporte de muestras.

De este articulado de la LECRIM se deduce que el envío de las muestras se realiza sin un procedimiento legal fiable que garantice que el transporte se está ejecutando conforme a un método técnico adecuado para cada tipo de muestra. Por ello debemos de recurrir una vez más a las recomendaciones sobre remisión de muestras al INTCF reguladas por la Orden JUS/1291/2010, así como a otras normas aplicables al transporte de mercancías en general en aquello que le sea de aplicación, al objeto de mejorar la cadena de custodia de las muestras y propiciar un futuro desarrollo normativo de la misma.

3. Regulación en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre transporte de las muestras en la cadena de custodia

Para mejorar la cadena de custodia de las muestras en la subfase de transporte, debemos partir de la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF por ser la única norma específica de España que regula la remisión de muestras a un laboratorio forense, si bien existen otras normas y manuales que contemplan también medidas sobre el transporte de evidencias. De este modo las Recomendaciones del GHEP-ISGF de 2000 para la recogida y envío de muestras con fines de identificación genética, prevé sobre el transporte de las mismas que al recibirse las muestras en el laboratorio deberán entregarse rellena la hoja de custodia con el nombre de la persona que entrega las muestras, nombre de la persona que las recibe, fecha y hora de la entrega y empresa que realiza el transporte (Punto 12.1.1 de normas de recepción de muestras en el laboratorio).

Igualmente la Orden JUS/1291/2010, para el transporte de muestras biológicas y otras sustancias que se sospechen peligrosas, prevé de forma excepcional que cuando las sustancias transportadas puedan ser infecciosas o peligrosas para la salud o medio ambiente, deberá observarse la normativa vigente, según el tipo de sustancia, el grado de peligrosidad y medio de transporte empleado (artículo 8), o sea, se estará a legislación especial según el transporte sea terrestre, aéreo, marítimo, por ferrocarril y envío postal (artículo 9)²⁸⁵.

²⁸⁵ El artículo 9 de la Orden JUS/1291/2010 expresa que; el transporte de muestras sujetas a una regulación especial, dependiendo del medio empleado, se realizará de acuerdo con la siguiente normativa o con la que en su momento sea de aplicación: 1. Transporte terrestre. Se seguirán las normas del Acuerdo Europeo sobre Transporte por Carretera de Mercancías Peligrosas (ADR). 2. Transporte aéreo. Se deberá consultar las Instrucciones Técnicas para el Transporte sin riesgos de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea, publicadas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). 3. Transporte marítimo. Se aplicará el Código Internacional Marítimo de Mercancías Peligrosas, publicado por la Organización Marítima Internacional (OMI). 4. Transporte por ferrocarril. Será de aplicación el Reglamento relativo al Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID). 5. Envío postal. La normativa aplicable es la recogida en el Manual del Correo Postal, publicado por la Unión Postal Universal (UPU).

De este último precepto de la Orden JUS/1291/2010 se deduce, que para el resto de transporte de muestras que no presenten riesgos para la salud o medio ambiente, será de aplicación las normas generales de transportes vigentes en España, como son la Ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías²⁸⁶, Ley de 22 de diciembre de 1949 de Unificación de Criterios de Embarque en Buques Mercantes, Ley 48/1960 de Navegación Aérea, Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres y su Reglamento regulado por Real Decreto 1211/1990, Ley 42/2010 de Servicio Postal Universal y Reglamento Prestación de los Servicios Postales (RD 1829/1999).

Por lo que para el transporte de muestras de ADN que no se sospeche que puedan ser infecciosas o peligrosas se utilizarán los medios más fiables y seguros, realizándose siempre que fuese posible directamente por medios de locomoción propios de Medicina Forense o de la Policía Judicial, y en defecto de éstos por paquete postal mediante el servicio postal universal o por empresas privadas de transportes especializadas, adecuándose a la normativa vista según el medio de transporte empleado sea por ferrocarril, carretera, aéreo o marítimo y especialmente a lo observado en esta Orden JUS/1291/2010 de remisión de muestras al INTCF.

Los manuales de Policía Judicial y Científica también recogen los medios de envío de muestras a los laboratorios sin observar medidas de preservación mediante el transporte, así el manual de Policía Judicial de la Guardia Civil²⁸⁷ prevé que la remisión de las muestras/evidencias al Servicio de Criminalística se hará a través de los laboratorios de las unidades territoriales de Policía Judicial, que podrá realizarse por correo, transporte urgente o personalmente, en función de las necesidades y circunstancias del caso y más específicamente el

²⁸⁶ Artículo 2.2 Ley 15/2009, de 11 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico aplicable prevé que “El contrato de transporte terrestre de mercancías se registrará por los Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de esta ley. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil”. Para el Transporte por Carretera y Ferrocarril también será aplicable Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres y su Reglamento regulado por Real Decreto 1211/1990.

²⁸⁷ Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, Dirección General de la Guardia Civil, Madrid de 31 de mayo de 2011

procedimiento General PG-7 sobre gestión de vestigios y muestras de la Guardia Civil²⁸⁸ expresa que el transporte al laboratorio puede realizarse por el propio personal de la Guardia Civil o por empresa externa (actualmente mediante Correos en paquete exprés y paquete azul), de forma que se garantice en todo momento la cadena de custodia, así como la rapidez del envío, de modo que no se dificulten o imposibiliten los análisis posteriores.

Las normas de procedimiento y actuación de la Comisaría General de Policía Científica de la Policía Nacional²⁸⁹, también recogen una serie de documentos básicos de remisión y traslado, tales como oficio de remisión, documentación del transporte que realiza la unidad policial, empresa y funcionario que traslada la evidencia, dejando constancia de los datos relativos a la fecha de remisión, unidad que remite el vestigio, lugar al que se remite y personas que lo traslada, así como copia del acta de inspección o documento de recogida y especificación del vestigio que se remite con expresión de los estudios que se solicitan.

Existen otros manuales como las normas sobre manipulación material biológico del CSIC 2005 (Punto 11.3 de Transporte de muestras)²⁹⁰, que para el transporte de muestras biológicas se remite a las medidas básicas aceptadas internacionalmente, a las normas de sentido común, a las exigencias del Convenio Postal Universal (artículo 21)²⁹¹ y a las Recomendaciones de la

²⁸⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, J., EXPÓSITO MARTÍNEZ, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España. Servicio de Criminalística de la Guardia Civil”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015. Págs. 155 a 163.

²⁸⁹ DEL AMO RODRÍGUEZ, A., BARROSO VILLAREAL, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A. I., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España. Comisaría General de la Policía Científica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, págs. 149 a 153.

²⁹⁰ Normas para la manipulación de material biológico en el Instituto de parasitología y biomedicina “López Neyra” del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC 2005). <http://www.ipb.csic.es/pdf>.

²⁹¹ Convenio Postal Universal publicado en BOE nº 303 de 27-12-1966.

Organización Mundial de la Salud²⁹². Estableciendo estas últimas también dos tipos de transporte o remisión de muestras biológicas, el transporte interno dentro del propio centro de trabajo o de un punto de extracción periférico a un laboratorio, y el transporte o envío por correo, estableciendo para estos transportes unas medidas de preservación de las muestras biológicas y en evitación de contagios, las cuales deberían ser tenidas en consideración para garantizar y controlar las muestras de ADN durante el transporte, como son:

a) En el transporte interno, los tubos procedentes de la extracción deben depositarse en gradillas dentro de un contenedor de transporte que pueda retener fugas o derrames y asegure una protección adicional. Preferiblemente se debe seleccionar la ruta de transporte que evite el contacto con servicios de recepción, área administrativa y cafetería.

En el caso de transporte por carretera desde los puntos de extracción periféricos al de utilización, se debe añadir que el contenedor obligatoriamente debe ser hermético de forma que impida toda fuga o derrame. Además, una vez cerrado y sellado el recipiente, debe limpiarse con desinfectante y secarse. El conductor del vehículo deberá ser consciente del material que transporta y será instruido sobre lo que ha de hacer en caso de accidente o derrame del contenido de los recipientes.

El contenedor irá identificado con la señal de peligro biológico o una etiqueta similar de peligro de infección o muestra biológica.

²⁹² La Guía de la OMS sobre la Reglamentación relativa al Transporte de Materias Infecciosas (2015-2016), establece sobre el transporte (página 20) que “Las normas relativas a las mercancías peligrosas descritas en esta guía son requisitos legales establecidos por los gobiernos de cada país. De hecho, las versiones de la Reglamentación Modelo de las Naciones Unidas adoptadas por los diferentes países pueden ser diferentes entre sí. Además, un transportador que no desee transportar determinadas mercancías no tiene la obligación legal de hacerlo”. Precepto directamente relacionado con el art. 24.2 de la Ley 15/2009 del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, sobre el derecho del porteador a no continuar viaje y descargar la mercancía peligrosa si no se le informó de la peligrosidad de ésta.

b) En los envíos por correo, la manipulación, transporte y envío de muestras y agentes infecciosos entre laboratorios o instituciones utilizando el servicio a terceros está regulado por una serie de organismos para evitar o reducir el riesgo de exposición al público, personal de las líneas aéreas y marítimas, de la administración postal y de empresas de mensajería.

El envío se hará siguiendo las exigencias recogidas por el artículo 21 del Convenio Postal Universal (BOE nº 303 de 27 de diciembre de 1966), así como las recomendaciones de la OMS, debiendo ser los embalajes a transportar de triple envase en la forma expresada en el apartado anterior de este capítulo, debiendo llevar la envoltura exterior las señas del destinatario y del remitente, los adhesivos que exija el transportista sobre su contenido, etiqueta de sustancia infecciosa o de sustancias biológicas perecederas, adherido un ejemplar del formulario de datos relativo a la muestra, cartas y demás material informativo que permitan identificar o describir la sustancia, así como otros dos ejemplares que se remitirán al laboratorio receptor que lo recibirá con suficiente antelación por correo y también para el expedidor. Esto permite que el receptor identifique adecuadamente la muestra, esté prevenido sobre su llegada y pueda tomar las disposiciones oportunas para que manipulación y examen se hagan en condiciones de seguridad.

4. El transporte como garantía de la cadena de custodia de las muestras de ADN

Las muestras de ADN no se pueden transportar de cualquier manera, sino que deben de ser transportadas de forma que se garantice su cadena de custodia, la cual sólo puede ser controlada respetando los criterios de licitud y fiabilidad que nos permita la legislación aplicable en materia de transportes.

Salvo el traslado de muestras que la Policía Judicial y Medicina Legal hace directamente mediante medios propios a sus laboratorios de Policía Científica, INTCF, Criminalística o a los Juzgados, el cauce normal de envío de muestras

tanto a laboratorios como a Juzgados se realizarán mediante envío postal, preferentemente en paquete postal del servicio postal universal, actualmente concedido al Grupo Correos²⁹³, o bien a través de agencias privadas de transportes de conformidad con la legislación vigente de transportes²⁹⁴ y con sujeción a los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público²⁹⁵ por tratarse de envíos efectuados por organismos públicos pertenecientes al sector público español.

Las recomendaciones de la Orden JUS/1291/2010 deberían de ser de aplicación extensiva a todo tipo de laboratorios y juzgados además del INTCF y de obligado cumplimiento por Policía Científica, Peritos y Forenses de nuestro país, si bien debemos tener en cuenta que algunos manuales de Policía Judicial de los diferentes cuerpos de seguridad están adaptados a la normativa vigente en materia de transportes e incluso remiten su gestión directamente a esta orden ministerial, tal es el caso de la instrucción de la Dirección General de Tráfico para la gestión de las muestras de sangre, saliva, orina u otras análogas²⁹⁶.

Como ya expusimos la Orden JUS/1291/2010 realiza una serie de recomendaciones sobre el embalaje, rotulado, etiquetado de los paquetes que contienen muestras para su remisión al INTCF, pero sobre el envío o transporte de las muestras solo prevé el lugar u organismo al que se remitirán (artículo 2) y conforme a la normativa específica según el medio de transporte empleado (artículo 9), por lo que su envío, se realizará mediante medios ordinarios, como

²⁹³ Ley 43/2010, de 30 de diciembre del Servicio Postal Universal, Derechos de los Usuarios del Mercado Postal (artículo 20 y Disposición Adicional Primera). Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales.

²⁹⁴ Las Agencias de Transportes, están reguladas en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, art. 1.3 (modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio) y su Reglamento (Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, arts 159 ss.). Siendo igualmente de aplicación la Ley 43/2010 del Servicio Postal Universal, Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal. Contratación se realizará de conformidad con la Ley 19/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías.

²⁹⁵ Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁹⁶ Instrucción 12/TV-73 de la DGT de 30-11-2012, sobre realización de pruebas de detección estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas. XI. Custodia y gestión de muestras.

agencia de transportes, paquete postal o directamente por la policía²⁹⁷, y cuando las muestras fuesen peligrosas o infecciosas se ajustarán a la legislación especial según el tipo de transporte utilizado (artículos 8 y 9).

De este modo para el transporte de muestras de ADN como sustancias biológicas que son, en el supuesto de existir sospecha de ser infecciosas o peligrosas, la Orden JUS/1291/2010 prevé que, cuando el transporte esté sujeto a una regulación especial (terrestre, aérea, marítima, ferrocarril y postal) se realizará de acuerdo con la siguiente normativa (artículo 9); Acuerdo Europeo sobre Transporte por Carretera de Mercancías Peligrosas ADR²⁹⁸, Instrucciones Técnicas para el Transporte sin riesgos de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea²⁹⁹, Código Internacional Marítimo de Mercancías Peligrosas³⁰⁰, Reglamento de Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID)³⁰¹ y Manual del Correo Postal³⁰².

Hay que tener en cuenta que este último manual de correo postal no permite transportar por el servicio postal universal materias explosivas, inflamables y otras peligrosas, salvo las biológicas perecederas intercambiadas entre laboratorios oficialmente reconocidos, y las radiactivas depositadas por

²⁹⁷ El Anexo II de la Orden JUS/1291/2010 presenta el Formulario de remisión de paquetes de muestras al INTCF, con indicación del medio de transporte utilizado; Agencia de Transportes, Policía Nacional, Guardia Civil, Agente Judicial, Policía Local, Policía Autonómica y otros.

²⁹⁸ ADR 2017 o Acuerdo europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (BOE nº 106 de 4-05-2017)

²⁹⁹ Las Instrucciones Técnicas de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), incorporadas al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1749/1984, que aprobó el Reglamento Nacional sobre el Transporte sin Riesgos de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea y las Instrucciones Técnicas, últimas modificaciones por Orden FOM/3553/2011 (BOE 313 de 29-12-11).

³⁰⁰ Código Internacional Marítimo de Mercancías Peligrosas, publicado por la Organización Marítima Internacional (OMI), cuya última enmienda fue publicada en el BOE nº 191 de 10-08-13.

³⁰¹ Reglamento de Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID), última enmienda publicada en BOE nº 91 de 16-04-13.

³⁰² Manual del Correo Postal, publicado por la Unión Postal Universal (UPU), última ratificación de Actas publicada en el BOE nº 52 de 2-03-09, así como por Ley 43/2010, de 30 de diciembre del Servicio Postal Universal y Reglamento de Prestación de Servicios Postales (RD 1829/1999).

expedidores debidamente autorizados (apartado 5). También están prohibidos en nuestro derecho interno los envíos postales cuya circulación no se permita por motivos de seguridad, de sanidad pública, utilidad general y de protección del servicio postal universal (artículos 15 y 16 del Reglamento de Prestación de Servicios Postales, aprobado por RD 1829/1999, de 3 de diciembre).

Una vez vistas las prohibiciones de la normativa de transporte postal y siendo las muestras de ADN material biológico perecedero, éstas podrán transportarse perfectamente por cualquier medio de transporte, pero adoptando siempre los requisitos de preservación vistos en la subfase anterior de este capítulo, sobre embalajes, rotulado, sellado y etiquetado de conformidad con la legislación especial de transporte de materias peligrosas e infecciosas según el transporte utilizado, garantizándose siempre la cadena de custodia mediante la cumplimentación de los documentos previstos en los Anexos I y II de la Orden JUS/1291/2010³⁰³, así como en documentos previstos en otros manuales³⁰⁴, por lo que mientras no se regule una norma general para todo tipo de envíos a establecimientos y laboratorios acreditados se deberán transportar las muestras conforme a lo anteriormente reseñado.

Debemos partir de los requisitos que sobre estos documentos refiere la guía práctica sobre aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas suscrito en 2012 por distintos ministerios³⁰⁵, la cual establece que el conjunto de documentos de la cadena de

³⁰³ La Orden JUS/1291/2010, en su exposición de motivos aduce a la elaboración de nuevos formularios para la remisión de muestras, que presenten con claridad todos los datos necesarios para identificar, de forma inequívoca, los paquetes y las muestras, encauzar correctamente los análisis, asegurar el mantenimiento de la cadena de custodia, así como facilitar el control de las muestras y la devolución o destrucción cuando finalice el procedimiento correspondiente.

³⁰⁴ Guía de la OMS de transporte de sustancias infecciosas (2007-2008); Guía de la ONU de recomendaciones de transporte de mercancías peligrosas (2009); Reglamento de transporte internacional de mercancías peligrosas por ferrocarril (BOE 23-02-2015).

³⁰⁵ Acuerdo Marco de colaboración por el que se establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 3 de octubre de 2012 suscrito por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios

custodia debe reflejar como mínimo las personas que han intervenido en los procesos por los que pasa la sustancia, momento en el que ha ocurrido, procesos por los que ha pasado y lugares de custodia hasta su destrucción final. Estos documentos deberán unirse a las actuaciones remitidas al Juzgado competente quedando copia de los mismos en cada una de las instituciones y organismos afectados en cada fase del proceso.

Además con carácter general debemos exponer que para las muestras biológicas infecciosas o peligrosas que se transporten por tierra, mar, aire y ferrocarril, tanto la normativa internacional³⁰⁶ como nacional prevé que el transporte de éstas se realice de forma segura garantizándose la cadena de custodia, para lo cual toda esta normativa especial establece unos documentos similares como; documentos de envío, documentos de expedición, carta de porte, carta de a bordo, carta de vagón y de embarque, debiendo figurar en los mismos elementos tan esenciales como si el embalaje ha sido aprobado por la autoridad competente, nombre, dirección del expedidor, firmas del expedidor y agente operador, información sobre la materia transportada, número ONU, documentación técnica y de embalaje, debiendo figurar correctamente cumplimentados todos estos impresos sin los cuales el transportista no aceptará el envío, perjudicando así el debido control de las muestras transportadas.

Una vez expuestas las prevenciones más generales sobre los documentos de transportes que acompañarán los envíos, debemos señalar que específicamente la Orden JUS/1291/2010 prevé como requisito de control y cadena de custodia, que la expedición contará con el acompañamiento de dos formularios

³⁰⁶ Guía de la OMS de transporte de sustancias infecciosas (2007-2008). Guía de la ONU de recomendaciones de transporte de mercancías peligrosas (2009). Reglamento de transporte internacional de mercancías peligrosas por ferrocarril (BOE 23-02-2015). Acuerdo europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR 2017). Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

RD 1211/1990, de 28 de septiembre, Reglamento de Transportes por Carretera.

Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal.

Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías.

normalizados, los cuales se denominan, de remisión de muestras (Anexo I) y de remisión de paquetes de muestras (Anexo II), junto con el oficio de las autoridades judiciales, gubernativas, ministerio fiscal y médicos forenses que solicitaron el estudio de análisis al INTCF.

El primer formulario de Remisión de Muestras (Anexo I) será remitido por Médico Forense, Policía Nacional, Guardia Civil y policías autonómicas, irá entre el embalaje secundario y el exterior, conteniendo datos del solicitante, del asunto que se investiga, estudios solicitados, sujetos del estudio, muestras y cadena de custodia donde se registrarán todos los intervinientes, nombre, DNI, fecha, hora, actividad de custodia y firma.

Mientras que el segundo o formulario de Remisión de Paquetes de Muestras (Anexo II) incluye los datos del envío y de cadena de custodia entre el organismo remitente y el INTCF, deberá ir en el embalaje exterior en un compartimento visible, en un sobre debidamente protegido, para evitar su contaminación o deterioro y sin que se precise desprecintar (Nota Anexo II). También esta norma prevé que estos formularios puedan ser remitidos en el mismo paquete, o enviados por correo postal o por correo electrónico (artículo 3.5).

Este último procedimiento de transporte y envío de muestras previsto en la Orden JUS/1291/2010 constituye actualmente el procedimiento más fiable para garantizar el envío de muestras en España, ya que la Orden de Investigación Europea³⁰⁷ en su artículo 13 sobre traslado de pruebas, solo regula la obligación de trasladarlas a otro estado o autoridad de ejecución, sin prescribir procedimiento alguno o método de realizar el transporte de las mismas que garantice la cadena de custodia.

Para evitar posibles rupturas en la cadena de custodia de las muestras de ADN por mala praxis en el transporte con posibilidad de extraviarse en algún

³⁰⁷ Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo sobre Orden Europea de Investigación en el Orden Penal, publicada en el DOUE el 1-05-14.

momento de la expedición, la trazabilidad del proceso de custodia e incluso la sustracción o contaminación de las muestras, además de lo previsto para el transporte en la Orden JUS/1291/2010, se deberían adoptar alguna de las medidas que establece el Protocolo de 3-10-12 sobre aprehensión de drogas³⁰⁸, como las previstas en la estipulación segunda 4, sobre la cadena de custodia, que dispone que además de otros requisitos, se debe justificar el motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas (Segunda 4.c), personas que han accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras (Segunda 4.d), en aras de acreditar una adecuada fiabilidad en el transporte de las muestras.

Además de la recomendación anteriormente citada, habrá que tener en cuenta que los formularios previstos en la Orden JUS/1291/2010 y que acompañan a los paquetes en la expedición (artículo 3. 5 y Anexos I y II), serán perfectamente compatibles con el resto de documentos de transporte de la legislación de transportes de mercancías, al objeto de un mejor control de las muestras en la cadena de custodia al responsabilizarse de la custodia del transporte el porteador durante la expedición de conformidad con la Ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías.

De este modo las empresas de transportes privadas garantizan su paquetería a través del porteador, que según previne el artículo 28.1 la ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, está obligado a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino, de conformidad con lo estipulado en el contrato, disposiciones de esta ley, así como mediante la carta de porte³⁰⁹.

³⁰⁸ “Protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, suscrito en Madrid el 3 octubre de 2012 mediante Acuerdo de colaboración entre el CGPJ, Fiscalía General del Estado, Ministerios de Justicia, Hacienda Pública y Administraciones Públicas, Interior y Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

³⁰⁹ Carta de porte; documento que ampara la expedición conforme al contrato art. 11 y ss. de Ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías; Ley de 22-12-1949 de Unificación de

La carta de porte del contrato de transporte, aunque no sustituye a los documentos que sobre la cadena de custodia confeccionen la Policía Judicial y Médicos Forenses, de conformidad con sus propios manuales³¹⁰ y especialmente con los documentos prevenidos en la Orden JUS/1291/2010, si constituye una garantía más a tener en consideración para mejorar la cadena de custodia de las muestras durante la etapa de transporte realizada directamente por agencias privadas de transportes.

La fiabilidad que ofrece la carta de porte de transportes viene reflejada por los detalles impresos en este documento, siempre que el mismo se confeccione de forma correcta y completa en todos sus apartados y además se adopten las siguientes prevenciones previstas en la Ley 15/2009 del Contrato de Transporte como son:

- a) La referencia expresa de prohibición de transbordo.
- b) En el supuesto de permitirse el transbordo debe inscribirse todos los datos del nuevo porteador y mismas responsabilidades que el primero.
- c) Debe de ser entregado en el lugar, hora y plazo convenido.
- d) Deben figurar una lista de documentos entregados al transportista, tales como formularios, informes y documentos de custodia (se incluirían en éste también los documentos previstos en la Orden JUS/1291/2010).

critérios de embarque en buques mercantes y Talón de equipaje y Carta de porte aéreo por Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. Según el art. 2.1 Ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, “el contrato de transporte es aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato”.

³¹⁰ El Servicio de Criminalística de la Guardia Civil dispone de su propio impreso de cadena de custodia de muestras de ADN, previsto en su Guía de Procedimiento Técnico de Criterios Generales de Toma y Gestión de Muestras Biológicas para Obtención de los Identificadores del ADN (punto 4.2) de 27 de marzo de 2012. También la Instrucción 12/TV-73 de la DGT de 30-11-2012, sobre realización de pruebas de detección estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas, dispone de su propio documento llamado “documento de expedición”, que controla la cadena de custodia muy similar al formulario de remisión de paquetes al INTCF previsto en el Anexo II de la Orden JUS/1291/2010.

e) Al destinatario se le debe de entregar siempre el segundo ejemplar de la carta de porte, independientemente de la obligación de éste de expedirle un recibo de la mercancía.

f) Solicitar al porteador que además de la carta de porte física sea remitida al cargador y destinatario una copia por medios electrónicos con arreglo a la legislación vigente.

Finalmente debemos concluir diciendo que el transporte de muestras de ADN, exigirá la fijación documental de todas las operaciones que sobre el transporte de las muestras se hayan realizado, de conformidad con la normativa expresada anteriormente, garantizándose así y en todo momento que lo que se recogió en el lugar de los hechos es lo mismo que se transportó y entregó al laboratorio o al juzgado.

En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido que la ausencia de determinados datos, tales como la identificación del número de agente, número del DNI del porteador, firma de éstos, falta de código numérico de las muestras o etiqueta adhesiva de precinto, supone que nadie se ha hecho responsable de ese objeto, o simplemente no se corresponden las muestras con las guiadas, dando lugar a la inverosimilitud de las muestras transportadas en el envío, pudiendo haber estado las muestras en manos de cualquiera, atentando contra el debido control y garantías de las muestras mediante la cadena de custodia³¹¹.

³¹¹ SSTs 501/2005, de 19 de abril, 190/2009, de 3 de diciembre, y 53/2011, de 10 de febrero.

CAPITULO IV

LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN

Una vez analizada la cadena de custodia en la fase de obtención de la muestra de ADN hasta su entrega a los laboratorios autorizados, vamos a continuar con la siguiente fase de la cadena de custodia, que denominaremos cadena de custodia en la fase de análisis del perfil de ADN.

Esta fase tiene por objeto determinar el proceso de control mediante la cadena de custodia de las muestras de ADN desde que entran en el laboratorio para ser analizadas hasta que salen de éste, siendo depositadas o consumidas totalmente. Este proceso requerirá que los análisis se realicen en laboratorios acreditados de conformidad con la norma ISO/IEC 17.025 y por la Comisión Nacional para el Uso Forense de ADN (CNUFADN), siendo todas las operaciones de manipulación de las muestras de ADN controladas mediante la cadena de custodia en el interior del laboratorio bajo criterios de licitud y fiabilidad.

Para conseguir este objetivo, estudiaremos en primer lugar el concepto y eficacia desde el punto de vista legal de los análisis del perfil del ADN, en segundo lugar incidiremos sobre la licitud y fiabilidad de la cadena de custodia de las muestras de ADN durante la fase de análisis, especialmente sobre la acreditación de laboratorios, manipulación de muestras, prevenciones del personal que realiza los análisis y otras tareas de control mediante la cadena de custodia de las muestras de ADN.

En este capítulo hemos tenido presente que las operaciones de manipulación y análisis de las muestras de ADN en el interior de los laboratorios para obtener los perfiles de identificación, afectan tanto a los análisis de ADN como a la cadena de custodia de las muestras de ADN, por lo que cuando nos referimos a diversas cuestiones y control de los análisis de ADN estamos a su vez relacionándolas directamente con la cadena de custodia de la prueba de ADN en la fase de análisis.

I. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE ADN EN LA FASE DE ANÁLISIS

Una vez expuestos en el capítulo anterior los problemas de regulación y tratamiento de la cadena de custodia en su fase de obtención de las muestras de ADN en sus tres etapas de recogida, preservación y transporte hasta los

laboratorios acreditados donde se analizarán, debemos continuar sucesivamente con la cadena de custodia en su fase de análisis del perfil de ADN.

Como expusimos en el capítulo III, la fase de obtención de las muestras de ADN constituye el período más esencial e importante para garantizar la mismidad de la prueba, o como la declaró la Jurisprudencia, la principal garantía de la prueba. Sin embargo de nada serviría garantizar correctamente unas muestras, si de éstas no se puede extraer el perfil genético mediante el adecuado análisis, siendo controladas por la cadena de custodia tanto las muestras físicas biológicas, como el perfil resultante de éstas en el interior del laboratorio.

La extracción del perfil genético de las muestras de ADN requerirá de un análisis biológico especial controlado legalmente, bajo criterios de licitud y fiabilidad, pero con la especialidad que comprende que el perfil obtenido del ADN de una muestra biológica analizada, no será sobre todo el perfil genético de una persona, sino de una parte de éste no codificante, cuyo resultado se plasmará en el correspondiente informe forense.

De este modo, para garantizar la cadena de custodia de las muestras de ADN en su fase de análisis, o sea durante su permanencia en los laboratorios acreditados, debemos primeramente partir del concepto de análisis del perfil de ADN, pasando por la eficacia de éstos mediante criterios de licitud y fiabilidad, así como observando la normativa aplicable más adecuada, previa apreciación de las irregularidades más significativas.

1.- La cadena de custodia de las muestras de ADN durante el análisis

Para que las muestras de ADN puedan ser controladas correctamente mediante la cadena de custodia, una vez entran en los laboratorios acreditados para extraer el perfil de ADN, debemos conocer cuál es el régimen jurídico aplicable a los mismos.

La LECRIM (artículo 326.3 LECRIM), sólo reconoce el *análisis* como elemento esencial para esclarecer el hecho investigado sobre la inspección ocular, previendo 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 adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que el examen de aquellas muestras, se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282 LECRIM sobre el recogimiento de efectos, instrumentos o pruebas del delito por la Policía Judicial.

A nivel europeo la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de la Unión Europea sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio, define el análisis de ADN, como “cualquier medida adoptada en un laboratorio al localizar y recuperar huellas sobre elementos, así como realizar, analizar e interpretar las pruebas forenses con el fin de aportar dictámenes de expertos o de intercambiar pruebas forenses” (art. 3).

Ante esta carencia definitoria en nuestro ordenamiento jurídico salvando la excepción de la Decisión de la UE anteriormente expresada, la Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el *análisis* como “distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos”, lo que trasladado al análisis del ADN supondría el procedimiento para obtener información y datos sobre una persona a partir de su ADN³¹². Resumiéndose en el resultado de un examen médico, biológico, físico, químico, informático y criminalístico de las muestras sometidas al mismo, y cuyo resultado será enviado mediante informe pericial-forense al juzgado para constituirse como prueba.

³¹² El ácido desoxirribonucleico (ADN) se encuentra en todas las células excepto los glóbulos rojos, el cual contiene todas las instrucciones que determinan las características genéticas de un individuo. Con el ADN se pueden obtener identificación de vestigios biológicos de interés en una investigación criminal, identificación de restos humanos y personas desaparecidas y la identificación biológica de la paternidad u otras relaciones de parentesco.

Este procedimiento nos llevaría a obtener la “huella genética” o perfil de identificación de una persona mediante un “código alfabético o numérico” que representa un conjunto de características identificativas de la parte no codificante de una muestra de ADN humano, siendo la parte no codificante la única que lícitamente puede ser utilizada para estos fines.

La LECRIM no se pronuncia sobre este aspecto, y el borrador de Código Procesal Penal (CPP) de 2011, lo hace parcialmente al prever que “Los datos del análisis se limitarán a la extracción del ADN con valor identificativo, sin proporcionar información alguna relativa a la salud de las personas” (art. 266.2 CPP 2011), sin referirse específicamente a la parte no codificante del ADN. Sin embargo resulta novedosa, si tenemos en cuenta que recientemente científicos británicos³¹³ han encontrando enfermedades al analizar el ADN no codificante o ADN “basura”, consiguiendo identificar variantes genéticas potenciales dentro del ADN no codificante que impulsan el desarrollo de diferentes tipos de cáncer, y abre la posibilidad de encontrar mutaciones que provoquen otro tipo de enfermedades (celiaquía, etc.).

De este modo debemos tener en cuenta que lo verdaderamente importante en el análisis del ADN a nivel probatorio, es la obtención del “*perfil genético*”, que no es más que un patrón de fragmentos cortos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño y que caracterizan a cada individuo³¹⁴, sin que el perfil pueda identificar al 100 % una persona, siendo éste sólo un resultado de probabilidad y cuyo proceso de obtención en el laboratorio debe de estar acreditado o controlado mediante la cadena de custodia de las muestras.

2.- Eficacia del análisis de ADN y cadena de custodia de las muestras utilizadas en estos laboratorios

³¹³ MARK GESTEIN, Universidad de Yale (EEUU), señala en la nota de prensa publicada por el Wellcome Trust Sanger Institute de Cambridge en 2016 y en la revista *Science*, que "Esto no es sólo beneficioso para la investigación del cáncer, sino que también se puede extender a otras enfermedades genéticas".

³¹⁴ ALONSON ALONSO, A., “ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos”, Servicio de Biología del INTCF. Las Rozas (Madrid) 16-12-2011.

Los análisis de las muestras de ADN para obtener el perfil de una persona realizados por personal de los laboratorios acreditados, también deben garantizarse mediante la cadena de custodia de las muestras, y bajo criterios de licitud y fiabilidad, como ha expresado algún autor³¹⁵, respetando derechos fundamentales afectados, esencialmente, el derecho a la intimidad, obteniendo los perfiles e informes de ADN utilizando los métodos científico-tecnológicos más adecuados.

A) Criterio de Licitud

Respecto a la licitud de los análisis de ADN y control de las muestras mediante la cadena de custodia en el interior de los laboratorios, la LECRIM sólo establece la posibilidad de realizar análisis de forma restrictiva y excepcional, al prescribir que los Juzgados ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial (art. 363 LECRIM), debiendo remitir los resultados a los tribunales en el plazo que se les señale (arts. 778.3 y 796.1.1ª) y garantizando los laboratorios homologados la cadena de custodia de la saliva facilitada por los conductores para su análisis sobre consumo de drogas (art. 796.1.7ª.2).

A esta limitación para los supuestos absolutamente indispensables para la investigación judicial que prevé la LECRIM, habrá que sumar desde el punto de vista de la licitud, la regulación de la última modificación del Código Penal³¹⁶ sobre la ejecución de análisis para la obtención de identificadores de ADN, por la que sólo se realizarán análisis para obtener identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y

³¹⁵ CABEZUDO BAJO, M. J., “La obtención transfronteriza de las pruebas de ADN”. Op. Cit.. Pags. 742 a 747.

³¹⁶ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

de su sexo (art. 129 bis CP)³¹⁷, en sintonía con la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenido a partir de ADN, exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia y cumplimiento del Convenio de Lanzarote, aproximando de este modo nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno (Preámbulo IX de la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal de 1995).

De lo que debemos deducir que tan sólo deberá garantizarse lícitamente la cadena de custodia de las muestras biológicas y perfiles de ADN dentro de los laboratorios, cuando previamente hayan sido considerados por un Tribunal como absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y sólo para obtener identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

B) Criterio de fiabilidad

Para garantizar la fiabilidad de los análisis de ADN y por ende de las muestras biológicas y perfiles que se obtengan de éstos, es necesario que los laboratorios estén acreditados³¹⁸, que el personal que allí trabaja esté cualificado

³¹⁷ Artículo 129 bis CP “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”.

³¹⁸ Para todos los Estados de la UE se exige que las actividades de laboratorio llevadas a cabo por los prestadores de servicios forenses, se acrediten por un organismo de acreditación nacional que certifique que tales actividades cumplen la norma ISO/IEC 17025 (En España se realiza por la Entidad Nacional de Acreditación ENAC), de conformidad con el art. 4 de la Decisión marco 2009/905/JAI, de 30 de noviembre, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio (DO L 322/14 y ss. (ES) de 09.12.2009).

y cualquier otra cuestión que asegure el adecuado funcionamiento del laboratorio, esencialmente todo lo relativo a evitar su contaminación³¹⁹.

Siguiendo los estudios realizados por la doctrina más especializada³²⁰ sobre fiabilidad en los análisis de la prueba de ADN, la normativa europea invita a los Estados miembros, de un lado, a que utilicen los 12 marcadores o «*loci*» de ADN que componen el actual conjunto europeo normalizado de «*loci*» (ESS)³²¹, del mismo modo la CNUFADN española al amparo de los artículos 5 de la LO 10/2007 y 3 del RD 1977/2008 de regulación de composición y misiones de la CNUFADN, aprobó la utilización de los 12 marcadores previstos en la norma europea (Decisión 2008/616), empleándose actualmente en España 16 marcadores «*loci*».

Otra medida tendente a proporcionar fiabilidad al análisis de ADN, lo constituye la prevención de que todos los manipuladores adopten unas precauciones mínimas las cuales ayudarán a garantizar tanto su análisis como la cadena de custodia de las muestras analizadas, consistiendo en unas precauciones tendentes a evitar la contaminación o degradación de las muestras³²².

De este modo para evitar contaminaciones o degradaciones de las muestras, las cuales perjudicarían los resultados de los análisis del ADN, proponemos la articulación de un protocolo específico sobre el tratamiento de las muestras por personal especializado de los laboratorios forenses acorde con el principio de eficacia probatoria, similar al regulado por la Orden JUS/1291/2010 sobre

³¹⁹ CABEZUDO BAJO, M. J., “La obtención transfronteriza de las pruebas de ADN”. Op. Cit. Pág. 746. CANO FERNANDEZ, J.A. y ARCE ANTÓN, B., “Genética forense: Crimen e identidad”, IULI (UNED), boletín nº 15. 2006.

³²⁰ CABEZUDO BAJO, M. J., “La obtención transfronteriza de la pruebas de ADN”. Op. Cit.

³²¹ Conjunto de Normas Europeas (ESS) por Resolución del Consejo de UE de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, amplía los marcadores “*loci*” a 12 (D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, HUMTH01, FGA, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, D22S1045). También el anexo de la Decisión 2008/616 contiene normas en este sentido.

³²² SALCEDO CIFUENTES M., “Manejo de la evidencia física de posible fuente biológica”. Editorial Universidad del Valle, Colombia 2007. Págs. 15 a 22.

Normas Remisión de Muestras al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF).

Además y en pos de una mayor eficacia procesal, para que los análisis de ADN sean fiables, se debe controlar la cadena de custodia de las muestras biológicas dentro del laboratorio, así como de los perfiles obtenidos e informes finales resultantes, de modo que puedan constituir prueba de cargo o de descargo, evitando casos tan graves como la condena de inocentes por errores en los análisis de ADN, como así ha sucedido y recogido por la prensa de nuestro país³²³.

II. LICITUD Y FIABILIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE ADN EN LA FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN

Una vez matizado el concepto de análisis del perfil de ADN y la eficacia del mismo, desde el punto de vista de la licitud y fiabilidad de la prueba en nuestra legislación, vamos a exponer las deficiencias legislativas, las cuales nos ayudarán a mejorar una futura norma sobre la cadena de custodia de las muestras de ADN y específicamente en la fase de análisis.

No podemos determinar deficiencias legislativas ni problemas en las manipulaciones y análisis de las muestras de ADN, las cuales perjudican la cadena de custodia, sin antes conocer su regulación en nuestra ley procesal.

La LECRIM prevé el *análisis* de las muestras de ADN, para casos absolutamente indispensables para la investigación judicial y para una mejor calificación del hecho, posibilitando nuevo análisis (arts 363, 326 y 479), pero sin dar soluciones sobre su praxis, remitiendo a la regulación de la CNUFADN

³²³ Diario Noticias de Navarra 10-05-12; “Ocho meses preso por un error al analizar el ADN”. El Mundo.es 21-06-10; “Un inocente acusado de un atraco por un error en el cotejo de ADN”. Faro de Vigo 27-11-12; “Un error informático atribuye el ADN de un supuesto ladrón de Vigo a un menor marroquí”. El País 3-02-10; “Dos años preso por violaciones pese a que le exculpaba el ADN”. Lavanguardia.com 11-01-13; “Nueva York revisará 800 casos de violación por errores en pruebas de ADN”.

mediante el RD 1977/2008, estableciendo protocolos técnicos oficiales sobre análisis de las muestras en los laboratorios acreditados, así como a través de una dispersa regulación española y europea ya citada (RD 32/2009, RD 862/1998, Orden JUS/1291/2010 y Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de Europa).

A este respecto también la LECRIM regula, que todas las evidencias materiales encontradas en el lugar de los hechos que requieran de interpretación pericial-probatoria para el descubrimiento de la verdad procesal, deberán enviarse en la forma descrita en el capítulo anterior a los laboratorios forenses, a efectos de ser sometidas a estudio y análisis, previa solicitud de dictamen criminalístico formulado por la Autoridad Judicial, Ministerio Fiscal, Médico Forense y Policía Judicial (arts 363, 479, 778.3 y 796.1.7ª.2 LECRIM).

Esta Ley dispone que la remisión de las muestras con carácter general se realizarán a los laboratorios correspondientes (art. 778.3) y laboratorios homologados (art. 796.1.7ª.2), sin precisar cuales serán éstos, tampoco lo hace la Ley Orgánica 10/2007, que se remite a los laboratorios debidamente acreditados³²⁴, por lo que en beneficio de la fiabilidad de los análisis de ADN debemos conocer cuales son los laboratorios acreditados.

1. Acreditación de los laboratorios de ADN

Como hemos adelantado anteriormente la LECRIM no expresa forma alguna de cómo deben de realizarse los análisis de ADN, ni cuales laboratorios deben efectuarlos, limitándose únicamente a prescribir que se remitirán al laboratorio correspondiente las muestras o vestigios para su análisis (arts. 778.3, LECRIM), o bien que se analizarán en laboratorios homologados, para los supuestos de muestras de saliva de los conductores que presenten síntomas de conducir bajo efectos de las drogas (art. 796.1.7ª.2 LECRIM). Para suplir esta carencia legislativa sobre los laboratorios homologados que deben realizar

³²⁴ La LO 10/2007 reguladora de la base de datos policial a partir de identificadores de ADN, dispone en su art. 5.1 que las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados (precepto idéntico al art. 267 CPP de 2011).

análisis de ADN, desde el 27 de noviembre de 2003 la LECRIM incorporó en la Disposición Adicional Tercera³²⁵ que el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de 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 (CNUFADN).

Por lo que a la CNUFADN le corresponderá acreditar 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.

De este modo los análisis químicos de ADN actualmente solo se realizarán en España por dieciocho laboratorios acreditados por la CNUFADN³²⁶, al amparo de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (art. 5.2) y RD 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la CNUFADN (arts. 3 y 8). A este respecto el artículo 2.1 de la Orden JUS/1291/2010, sobre remisión de muestras al INTCF prevé que este instituto dispone de cuatro Departamentos y Delegaciones donde deberán remitirse las muestras objeto de estudio y análisis forense³²⁷.

³²⁵ La Disposición Adicional 3ª de la LECRIM fue introducida por el número 4 de la Disposición Final 1ª de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre).

³²⁶ El Anexo I del Acuerdo de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN de 21 de octubre de 2014, estableció 18 Laboratorios acreditados en España para realizar análisis ADN de uso forense.

³²⁷ Departamentos del INTCF: a) Departamento de Madrid, para las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia y País Vasco. b)

Con la acreditación que les otorgue la CNUFADN los laboratorios podrán realizar análisis forenses de ADN bajo unos controles de calidad y fiabilidad que beneficiará la cadena de custodia de las muestras, para lo cual se han tenido en cuenta los criterios de la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de la Unión Europea sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio³²⁸, además de cumplir con la norma EN ISO/IEC 17025 sobre requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y de calibración³²⁹.

Para lo cual este RD 32/2009 en su art. 34.1 establece los laboratorios para análisis del ADN y otros análisis propios de su especialidad, siendo éstos los que poseen las siguientes instituciones; Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses que actuará además como Laboratorio de Referencia, la Comisaría General de Policía Científica del CNP, Servicio de Criminalística de la GC, Laboratorios de los Institutos de Medicina Legal y en el caso de que el suceso se produzca en comunidades autónomas que hayan recibido traspasos en materia de seguridad se contará con la colaboración de sus laboratorios, ubicados actualmente en la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza y la División de Policía Científica de los Mossos de Esquadra.

Sobre los análisis este RD 32/2009 establece un sistema de reparto de las muestras “post mortem”, “ante mortem” y de familiares para análisis de ADN entre los distintos laboratorios dentro del ámbito de su competencia, con el ánimo

Departamento de Barcelona, para las comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Illes Balears, Navarra y Valencia. c) Departamento de Sevilla, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Extremadura y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. d) Delegación del Departamento de Sevilla en Santa Cruz de Tenerife, para la Comunidad Autónoma de Canarias (Art. 2.1 de la Orden JUS/1291/2010).

³²⁸ La Decisión Marco 2009/905, propone una moratoria de adaptación legislativa de los Estados hasta 2016, así el art. 7 dispone que los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión Marco a más tardar el 30 de mayo de 2016. En España el 5 de Julio de 2011 la CNUFADN en cumplimiento del Real Decreto 1977/2008 y Decisión Marco 2009/905 acreditó a 18 laboratorios para realizar análisis forenses de ADN.

³²⁹ La Norma ISO/17025 en su apartado 4.10 prevé que el laboratorio debe mejorar continuamente la eficacia de su sistema de gestión mediante el uso de la política de la calidad, los objetivos de la calidad, los resultados de las auditorías, el análisis de los datos, las acciones correctivas y preventivas y la revisión por la dirección.

de garantizar la eficacia y la rapidez del proceso de identificación genética (artículo 35.1 RD 32/2009), previendo que los resultados de los análisis de identificación de víctimas se remitan al Centro de Integración de Datos³³⁰, y cuando la etiología del suceso obedezca a causas terroristas o criminales, y siempre que lo autorice el Juez competente, los resultados finales de todos los análisis que se realicen por los distintos laboratorios se remitirán, a los efectos de investigación, al laboratorio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Policías Autonómicas que tengan competencia investigadora (artículo 36 del RD 32/2009).

2. La manipulación durante el análisis de ADN

Al objeto de detectar anomalías o irregularidades de la cadena de custodia de las muestras de ADN en la fase de análisis, debemos matizar la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico sobre las operaciones de manipulación durante el análisis del ADN.

Primeramente debemos decir que por *manipulación* debe entenderse el conjunto de operaciones realizadas con las manos o con cualquier instrumento por el personal especializado del laboratorio donde se estén realizando el estudio y análisis de las evidencias garantizando la cadena de custodia.

Ha de tenerse siempre presente que la manipulación no constituye una práctica distinta al análisis, sino que está unida a él, por cuanto constituyen operaciones anteriores, posteriores y coetáneas al análisis por los propios peritos y personal auxiliar de éstos.

³³⁰ Artículo 37.1 y 2 del RD 32/2009 de Protocolo Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples. El *Centro de Integración de Datos* tiene como función reunir y supervisar los diferentes informes de identificación que se realicen por las distintas instituciones, según los datos recogidos en los distintos Anexos del presente RD, previo a su remisión a la autoridad judicial competente. Estará formado por una Oficina Forense y una Oficina de las FCSE y de las Policías Autonómicas, cada una como aglutinante de las actividades propias de las instituciones implicadas, donde convergerán todos los resultados finales propios de cada institución.

La LECRIM a diferencia de otras normas de rango inferior que si establecen normas sobre *manipulación* de muestras biológicas³³¹, no regula la manipulación de las muestras en el laboratorio así como tampoco de muestras biológicas para determinar el perfil de ADN, limitándose solamente a autorizar su análisis químico en los laboratorios en el curso de la investigación judicial (art. 363 LECRIM) y algunos términos afines a la manipulación como son la *destrucción o alteración* de objetos por los peritos que realizan análisis. A este respecto el artículo 479 LECRIM prevé que “Si los peritos tuvieren necesidad de destruir o alterar los objetos que analicen, deberá conservarse, a ser posible, parte de ellos a disposición del Juez, para que, en caso necesario, pueda hacerse nuevo análisis”.

La *manipulación* en esta fase de la cadena de custodia puede llevar consigo operaciones de *alteración, modificación, sustitución* o incluso *ocultación* de muestras por parte del personal de laboratorio, pudiendo constituir estas manipulaciones una fractura o alteración de la cadena de custodia de las muestras, y por ende provocar la nulidad de la prueba de ADN.

Para mejorar la manipulación durante el análisis de ADN debemos destacar la regulación que sobre estos cometidos hace el Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del INTCF, contribuyendo a mejorar la manipulación, dando así más fiabilidad al procedimiento de análisis.

El RD 862/1998 recoge que “Los análisis, trabajos, investigaciones y peritajes que fueran solicitados del Instituto, se practicarán en sus dependencias, salvo que circunstancias excepcionales hicieran aconsejable su realización en otro lugar requiriendo, en su caso, la colaboración de los Institutos de Medicina Legal” (art. 17.1).

³³¹ Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, establece en su art. 15 medidas especiales a tener en cuenta en los laboratorios donde se manipulen muestras biológicas que puedan ocasionar enfermedades al hombre.

3. Prevenciones del personal que realiza los análisis y tareas de control de la cadena de custodia

Partiremos de la premisa que todas las personas que participen en los análisis de ADN, manipulando muestras biológicas en el interior del laboratorio, deberán evitar su contaminación, degradación, sustitución o modificación, adoptando las prevenciones que la ley y protocolos internos les recomienden para así garantizar la cadena de custodia de las muestras de ADN. Así mismo las operaciones deberán estar sujetas no sólo a criterios de licitud, en cuanto a respetar los derechos fundamentales sino también de fiabilidad de conformidad con normas y protocolos de procedimiento internos, entre los que se encuentran que el personal esté suficientemente acreditado y titulado³³².

De este modo nuestra ley procesal actual, designa el personal que puede realizar análisis químicos para determinación del perfil de ADN en procesos criminales, los cuales serán; doctores en medicina, farmacia, en ciencias fisicoquímicas o por ingenieros que se hayan dedicado a la especialidad química, si no hubiere doctores en estas disciplinas podrán realizarse por licenciados con conocimientos y práctica suficientes para hacer dichas operaciones (art. 356.1 LECRIM).

A este personal se dirigen los mandatos del artículo 363.1 LECRIM, el cual con carácter limitador y restrictivo prevé que “Los Juzgados y Tribunales

³³² Cada Departamento de los laboratorios del INTCF cuentan con un Jefe de Servicio del cuerpo de Facultativos (especialidad Biología). El personal del laboratorio pertenece a los Cuerpos Especiales de Facultativos (especialidad Biología), Técnicos Especialistas de Laboratorio y Ayudantes de Laboratorio y podrá distribuirse en diferentes grupos de trabajo especializados en las diferentes áreas de la labor pericial según la organización específica de cada Departamento. Adicionalmente, podrán prestar servicio de carácter administrativo funcionarios de los Cuerpos Generales de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y Auxilio Judicial, www.administraciondejusticia.gob.es. El Laboratorio de Criminalística de la Guardia Civil (SECRIM) está formado por un grupo de investigadores forenses, técnicos y científicos cuya misión principal es la confección de informes periciales, propios de la ciencia forense, con las más avanzadas técnicas, equipos y procedimientos de investigación para el esclarecimiento de los delitos, sus autores y víctimas. www.guardiacivil.es. El Laboratorio de Biología-ADN del Cuerpo Nacional de Policía cuenta con 33 de profesionales de distintas ramas de ciencias. Actualmente está formado por: 22 licenciados en Ciencias Biológicas, 3 licenciados en Veterinaria, 2 licenciados en Ciencias Químicas, 1 licenciado en Medicina, 1 licenciado en Matemáticas, 1 diplomado en Farmacia, 1 licenciado en Ciencias Biológicas y en Farmacia, 1 doctor en Biología y 1 técnico superior en laboratorio de diagnósticos clínicos, www.policia.es.

ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y recta administración de justicia”, lo que permitirá al instructor arbitrariamente determinar que supuestos serán o no analizados.

También el RD 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con *víctimas múltiples*, establece como ámbito subjetivo de aplicación obligatoria los órganos y unidades del INTCF, Instituto de Medicina Legal y unidades de Policía Judicial (art. 2.1), por lo que los miembros de estos órganos quedarán sujetos a este protocolo en cuanto a sus actuaciones. Específicamente (art. 15) realizarán análisis de ADN, conforme a lo establecido en las «Recomendaciones para la recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética en sucesos con víctimas múltiples» (anexo VII.1), y utilizando el Acta oficial para la toma de muestras «post mortem» de ADN (anexo VII.2).

El RD 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Instituto de Toxicología, recoge el personal³³³ de este Instituto que participará en los análisis. Siendo este personal funcionario altamente cualificado para estos cometidos, aporta cierto grado de fiabilidad e imparcialidad a los análisis que se realicen sobre perfiles de ADN.

A este último fin de dar fiabilidad a los análisis de ADN, debemos tener en consideración las recomendaciones que el Acuerdo la CNUFADN de 18 de noviembre de 2013 prevé para el personal encargado de llevar a cabo la valoración e interpretación de perfiles genéticos, el cual debe estar debidamente

³³³ Prestará servicio en el INTCF el siguiente personal funcionario: a) Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; b) Médicos Forenses; c) Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; d) Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; e) Personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, así como de otras Administraciones Públicas, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo (art. 12.1 RD 862/1998 de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto de Toxicología, modificado por el apartado seis del artículo primero del R.D. 63/2015, de 6 de febrero, por el que se modifica el R.D. 862/1998, de 8 de mayo).

formado y tener un amplio conocimiento del comportamiento de los artefactos, así como de los procedimientos a aplicar, estrategias de análisis a emplear, guías, recomendaciones existentes y valoración estadística de los resultados.

Mientras no exista un procedimiento específico de manipulación de muestras de ADN dentro de cada laboratorio, todas las medidas apuntadas anteriormente, deberán ser aplicables o ser extensivas para controlar las muestras biológicas mediante la cadena de custodia dando fiabilidad a ésta.

De forma más específica los laboratorios del INTCF, de Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía y del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil³³⁴, prevén particularidades al personal que realizará análisis en los laboratorios, registrando la cadena de custodia de las muestras en general y de ADN en particular, cuyos procedimientos pasamos a exponer:

El INTCF prevé en los Procedimientos Normalizados de Trabajo (PNTs)³³⁵ que el personal del Servicio de Análisis que va a realizar los análisis asumirá la responsabilidad de la custodia³³⁶, disponiendo de formularios (físicos y digitales) en los que se recoge toda la información sobre los movimientos, tratamientos o análisis realizados, las fechas y las personas que los realizan, incluyéndose la entrega de extractos, alícuotas, etc., obtenidos a partir de vestigios/muestras originales. Este Servicio mantendrá la custodia de las muestras mediante formularios normalizados, y una vez analizados los vestigios/muestras pasarán la custodia al Servicio de Custodia de Piezas Judiciales, que es el responsable hasta que se tramita la devolución de los vestigios/muestras o se proceda a su destrucción. Este personal trabaja con dedicación exclusiva, y con el fin de lograr

³³⁴ FIGUEROA NAVARRO, C. y otros, "La cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer SL, Madrid 2015, págs. 149 a 167.

³³⁵ FERNANDEZ DE SIMÓN LORO, L., y JUANAS SAN AMRTÍN, T., "La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España", FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, "La Cadena de custodia en el proceso penal", Edisofer SL, Madrid 2015, pág. 166.

³³⁶ La Orden JUS/3403/2009, de 17 de noviembre, por la que se aprueba la relación de puestos de trabajo del INTCF, recoge la responsabilidad y funciones en relación a la custodia y la gestión de muestras, que recaen en el personal especialista del INTCF.

la eficacia necesaria quedarán registrados en un sistema informático (LIMS) que incluye la identificación de las personas que participan en dichas acciones, mediante asignación de permisos y contraseñas específicas para acceder al registro de datos.

Las Normas de Procedimiento y Actuación de la Comisaría General de Policía Científica del CNP, prevén que la persona que recibe la muestra y va a realizar el análisis o pericia, dejará constancia de su identificación, así como día de la recepción, cumplimentando el correspondiente documento de entrega, además de descripción, identificación y referenciado de muestras o submuestras del vestigio antes de proceder a la pericia en el laboratorio, a partir de este momento se trabajará mediante documentos internos, que permitan la trazabilidad del vestigio y de las submuestras recogidas durante el proceso de análisis³³⁷.

El Servicio de Criminalística de la GC prevé en su Procedimiento General (PG-07), dentro del Sistema de Gestión de Calidad de este Servicio, que el personal técnico encargado de realizar los análisis será el responsable de la custodia de los vestigios hasta su finalización, con la emisión del correspondiente informe, teniéndolos en todo momento bajo control y en las condiciones de almacenamiento más adecuadas para evitar cualquier deterioro o contaminación de origen externo entre ellas.

El personal de laboratorio del SECRIM en similar modo al INTCF elabora los informes tras el análisis de los vestigios/muestras, haciendo constar el estado final de éstas, y en caso de traslado a otro Departamento del Laboratorio para realizar otro tipo de estudio (informes combinados), se dejará constancia en la aplicación informática LIMS asignando un código alfanumérico³³⁸.

³³⁷ DEL AMO RODRÍGUEZ, A., BARROSO VILLAREAL, G., y FERNÁNDEZ GARCÍA, A. I., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La Cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer SL, Madrid 2015, pág. 151 y 153.

³³⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, J., EXPÓSITO MÁQUEZ, N., y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Carmen Figueroa Navarro. Edisofer SL, Madrid 2015, págs. 160 a 161.

4. Control normativo de la cadena de custodia de las muestras de ADN en la fase de análisis

Una vez expresados los requisitos necesarios para dar fiabilidad a la cadena de custodia en la fase de análisis de ADN, como son la acreditación de los laboratorios y el control de las tareas de manipulación y del personal que los realiza, debemos aportar el control normativo e institucional existente en España en relación a la cadena de custodia de las muestras de ADN al ser analizadas éstas en los laboratorios acreditados.

A este respecto la CNUFADN³³⁹ junto con el INTCF³⁴⁰ se constituyen como organismos públicos esenciales para el control de la manipulación y análisis de pruebas forenses y por ende de la cadena de custodia de las muestras que se analizan. El primero aprobando protocolos técnicos oficiales sobre análisis de las muestras y el INTCF mediante la realización de los correspondientes análisis del ADN para identificación genética, de acuerdo con las funciones que le atribuye la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, como previene la LO 10/2007 reguladora de bases de datos policial a partir de ADN³⁴¹, de ahí que éste sea declarado como Centro de Referencia en materia de análisis toxicológico-forenses, además de asesorar al Ministerio de Justicia, formar al personal dependiente del Instituto de Medicina Legal, elaborar métodos de análisis, calidad de los mismos y de colaborar con otros laboratorios forenses (art. 23 RD 862/1998), lo que redundará a su vez en beneficio de la eficacia de la cadena de custodia de las muestras de ADN en los laboratorios.

³³⁹ El RD 1977/2008 regula la composición y funciones de la CNUFADN, prevé en su D.A.1ª que el Instituto Nacional de Toxicología proporcionará a la CNUFADN medios personales y materiales necesarios para el eficaz desarrollo de sus funciones, entre la que destaca la de elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis.

³⁴⁰ Real Decreto 862/1998, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto de Toxicología (Modificado por RD 63/2015, de 6 de febrero).

³⁴¹ El art. 5 y D.A.4ª de la LO 10/2007 Reguladora de base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, prescribe que los laboratorios del INTCF podrán realizar los correspondientes análisis del ADN para identificación genética, de acuerdo con las funciones que le atribuye la Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ).

Este control queda reflejado en las prescripciones que este RD 862/1998 hace sobre lugar donde deben realizarse los peritajes, contenido de los informes, registros de peticiones, muestras e informes practicados, contribuyendo de este modo a garantizar la correcta cadena de custodia de las muestras analizadas, ofreciendo pautas de trabajo, manipulación y análisis, prescribiendo de este modo que “los Departamentos y la Delegación del Instituto de Toxicología llevarán un registro de entrada de peticiones y muestras, y salida de informes en el que anotarán todos los dictámenes, informes, análisis o investigaciones que les soliciten, con indicación del órgano o persona solicitante, fecha de entrada de la solicitud, objetos o muestras recibidas, Servicio o Sección encargado del peritaje, fecha de su emisión y envío al órgano o persona requirente, así como cualquier otra observación que se estime de interés” (art. 21). De todos los informes que el INTCF practique en sus laboratorios se archivará una copia debidamente clasificada (art. 20.5).

El Grupo Español y Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GHEP-ISFG) de 2 de junio de 2000, estableció en el apartado 12.1 una serie de recomendaciones sobre muestras de ADN a recibir por los laboratorios.

Estas recomendaciones deberán ser observadas no solamente para la eficacia de control en el laboratorio, sino también para control de las muestras mediante la cadena de custodia, consistiendo estas recomendaciones en rellenar una hoja de custodia haciendo constar: nombre de la persona que entrega las muestras, persona que las recibe, fecha y hora de la entrega, empresa que realiza el transporte (si procede), chequeando el número de referencia de cada muestra y comparándolo con el formulario enviado por el Médico Forense o por la Policía Judicial (anotando las discrepancias, si las hubiere), comprobando que todas las muestras están bien empaquetadas y que los precintos están íntegros. Abriendo los recipientes, bolsas, etc., que contienen las muestras comprobando que la identificación y descripción son correctas (anotando las discrepancias), fotografiando las muestras y anotando su estado de conservación, así como prescribiendo que cada Centro podrá establecer sus propias acciones correctoras,

cuando se detecten defectos en el empaquetado o errores en la identificación de muestras.

A nivel europeo la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009³⁴², sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio, pretende garantizar que los resultados de las actividades de laboratorio (perfiles de ADN y datos dactiloscópicos), llevadas a cabo por prestadores de servicios forenses acreditados en un Estado miembro sobre actividades penales sean reconocidos por las autoridades responsables de cualquier otro Estado miembro.

Para este cometido los laboratorios deben cumplir con la norma EN ISO/IEC 17025 tal y como ya hemos expuesto en los criterios adoptados por la CNUFADN para acreditar en España a 18 laboratorios que realizan pruebas de ADN forense.

De este modo la Norma ISO/17025 en su apartado 4.10 prevé que el laboratorio debe mejorar continuamente la eficacia de su sistema de gestión mediante el uso de la política de la calidad, los objetivos de la calidad, los resultados de las auditorías, el análisis de los datos, las acciones correctivas y preventivas y la revisión por la dirección.

Sin embargo hay que destacar que es difícil demostrar que el laboratorio está correctamente actualizado en sus procedimientos de análisis, debido a la dificultad de acceder a los resultados de las auditorías e informes de revisión de la dirección por su hermetismo burocrático.

³⁴² La Decisión Marco 2009/905, propone una moratoria de adaptación legislativa de los Estados hasta 2016, así el art. 7 dispone que los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión marco a más tardar el 30 de mayo de 2016. En España el 5 de Julio de 2011 la Comisión Nacional para el uso forense del ADN en cumplimiento del Real Decreto 1977/2008 y Decisión Marco 2009/905 acreditó a 18 laboratorios para realizar análisis forenses de ADN.

Por lo que como hemos adelantado, para una adecuada ejecución de los análisis de ADN que ofrezcan la mejor garantía y control de las muestras se deberá estar a lo que establezca la CNUFADN sobre elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre análisis de las muestras en los laboratorios acreditados, así como propuestas de la Comisión Técnica Permanente sobre acreditación y control de calidad de los laboratorios que aporten perfiles genéticos, debiendo superar al menos un control de calidad externo anual³⁴³ además de estar acreditado por ENAC³⁴⁴ del cumplimiento de los requisitos de la UNE EN ISO/IEC 17025 sobre “Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y de calibración”, siendo estos protocolos técnicos de la CNUFADN, así como los requisitos de esta norma ISO esenciales y directamente aplicables a la cadena de custodia de las muestras de ADN durante su manipulación dentro de los laboratorios acreditados.

Tanto el INTCF desde 2009, como el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (SECRIM), la cadena de custodia de las muestras, están gestionados a través de formularios digitales con ayuda de LIMS (Sistema de Gestión de la Información del Laboratorio) de la compañía Labware³⁴⁵. Esto supone que todos los movimientos y operaciones que se realizan sobre vestigios/muestras, desde su recepción en el INTCF y SECRIM hasta su

³⁴³ Control de calidad anual de entre los siguientes reconocidos por la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) o por la Red Europea de Institutos de Ciencias Forenses (ENFSI) respectivamente:
El control de calidad de polimorfismos de ADN del Grupo Español y Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEP-ISFG).

El control de calidad de polimorfismos de ADN del Grupo Alemán de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEDNAP y control oficial de los laboratorios pertenecientes a ENFSI), además de hacer efectiva la acreditación de los laboratorios españoles por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC).

³⁴⁴ ENAC es la entidad designada por el Gobierno, para operar en España como el único Organismo Nacional de Acreditación, en aplicación del Reglamento (CE) nº 765/2008 que regula el funcionamiento de la acreditación en Europa. Asociación sin ánimo de lucro y declarada de utilidad pública. Su estructura y principios de funcionamiento garantizan que todas sus actuaciones se basan en los principios de imparcialidad, independencia y transparencia. Sus órganos de gobierno están integrados por los acreditados, la industria usuaria de sus servicios y las administraciones públicas. www.enac.es.

³⁴⁵ LABWARE (Wilmington, Delaware, EEUU), es el líder claro de la industria en software de automatización de laboratorio con LIMS (Sistema de Gestión de Información de Laboratorio) y ELN (Electronic Lab Notebook), aplicación de Cuaderno de Laboratorio Electrónico totalmente integrada que funcionan como una única solución integrada, ofrece la gama de funcionalidad configurable por el usuario más amplia del sector y se basa enteramente en estándares abiertos, logrando reducir costos y aumento de eficiencia, más transparencia del estatus de trabajo del laboratorio, flexibilidad para adaptarse a los nuevos requisitos, mejor calidad y cumplimiento. <http://www.labware.com>.

destrucción, devolución o custodia indefinida, quedan registrados en este sistema informático, con todos los datos pertinentes (usuarios, referencias, fechas, hora, incidencias, etc.), que incluyen la identificación de las personas que participan en dichas acciones, mediante la asignación de permisos y contraseñas para acceder al registro de datos.

Los códigos alfanuméricos que asigne el aplicativo LIMS se mantendrán durante todos los estudios y análisis que se realicen a los vestigios/muestras, incluyéndose en las hojas de trabajo y registros que generen dentro del Laboratorio. Actualmente, la gestión a través de LIMS sigue compaginándose con la gestión a través de documentos físicos³⁴⁶.

De este modo para controlar las muestras biológicas cuando entren en un laboratorio acreditado de ADN, deberán ser reseñadas con LIMS cada uno de los usuarios que manipulen la misma hasta que finalmente se extraiga el perfil de ADN y se plasme en el informe que deberá entregarse a la Autoridad Judicial para constituirse en prueba, quedando así controlada la cadena de custodia de las muestras de ADN, además estas reseñas del personal que ha manipulado las muestras, debería de incluirse en un documento que junto con el informe pericial sea entregado al Tribunal y a las partes procesales que lo requieran con el fin de justificar en todo momento la cadena de custodia de las pruebas de ADN.

³⁴⁶ FIGUEROA NAVARROA, C. y Otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer SL, Madrid 2015, págs. 166 a 167.

CAPITULO V

LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE TRATAMIENTO DEL DATO GENÉTICO

Una vez expuestos los problemas de regulación y tratamiento de la cadena de custodia de las muestras de ADN en su fase de análisis, debemos continuar en orden sucesivo con la siguiente etapa, que hemos denominado *fase de tratamiento del dato genético*.

Esta fase de tratamiento del dato genético, es la más compleja de la cadena de custodia de las muestras de ADN, porque no solamente deben ser controladas las muestras biológicas objeto de análisis químicos, sino también los datos genéticos obtenidos junto con las bases de datos que los contienen.

Las bases de datos de ADN se componen de informaciones sobre identificación personal y hereditaria recogidas por la Policía Judicial en archivos informáticos, obtenidos del análisis de muestras orgánicas procedentes de una investigación criminal, identificación de cadáveres o averiguación de desaparecidos.

Estas bases de datos o archivos informáticos, presentan una serie de problemas no totalmente resueltos por el legislador respecto a su control mediante la cadena de custodia. Por este motivo vamos a tratar de identificar estos problemas y dar una solución satisfactoria, garantizando que los datos sean tratados de forma lícita y fiable mediante la cadena de custodia.

Para conseguir controlar los datos obtenidos del ADN de forma lícita y fiable mediante la cadena de custodia, primeramente debemos conocer que son los datos genéticos, diferenciándolos de las muestras biológicas, pasando por las limitaciones legales, prácticas y terminando con el tratamiento más adecuado.

I. EL DATO GENÉTICO

1. Necesidad de conocer qué es el dato genético

Antes de comenzar a analizar los problemas de custodia del dato genético, debemos conocer cuales son sus características más esenciales, así como saber qué se entiende por éste.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que defina el dato genético, aunque sí contempla la obtención de perfiles de ADN, base de datos de identificadores a partir de ADN o ficheros policiales automatizados de identificación genética³⁴⁷. Así el art. 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

³⁴⁷ La LECRIM, en su artículo 363, recoge 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”. Ley Orgánica 10/2007 reguladora de base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN,

diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no identifica el dato genético, pero sí el dato de carácter personal, definiéndolo como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, además fija con claridad el tratamiento de datos³⁴⁸ de carácter personal como veremos más adelante, pero siempre desde una posición general de datos personales y no de forma específica como datos genéticos o de ADN.

También el Reglamento de esta Ley Orgánica, desarrollado por el Real Decreto 1.720/2007³⁴⁹, en su artículo 5 define el dato de carácter personal desde una postura amplia como, “toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable”.

Ante la escasa regulación específica nacional sobre el dato genético, debemos observar los antecedentes normativos europeos e internacionales en esta materia, tales como;

artículo 1 “De creación de base de datos policial de identificadores a partir de ADN”. Esta Ley Orgánica contiene más de 60 veces la palabra “datos”, sin embargo tampoco define el “dato genético”, remitiéndose a la LO 15/1999, siendo ésta de aplicación directa en cuanto al tratamiento de datos personales por su regulación general en esta materia (parte II in fine del Preámbulo y D. A. 2ª). Orden del Ministerio del Interior de 7 de marzo de 2000, se amplió el anexo de la Orden de 26-07-94 regulándose el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos (ADNIC) de la DGGC. La Orden del Ministerio del Interior de 21 de septiembre de 2000, regulaba los ficheros automatizados para la identificación genética ADN Humanitas, de restos humanos y ADN Veritas, de vestigios biológicos y muestras para cotejo en la DGP, amplía nuevamente el anexo de la Orden de 26-07-94, creando estos ficheros dependientes del CNP. La Orden del Ministerio del Interior de 20-06-02 regula la adecuación de los ficheros de la DGP a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de PDCP.

³⁴⁸ Art. 3.c) de la Ley Orgánica 15/1999, define el *tratamiento de datos*, como “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

³⁴⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La Recomendación nº (97) 5 del Consejo de Europa de 1997, sobre Protección de Datos Médicos³⁵⁰, que identifica los datos genéticos y los relativos a la salud como “datos médicos”, definiendo los *datos genéticos* como “todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados”.

La Decisión 2008/615/JAI del Consejo de la UE³⁵¹, contiene disposiciones sobre las condiciones y procedimientos de transferencia automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y ciertos datos de los registros nacionales de matriculación de vehículos (Considerando 10 y artículo 1.a.), sin embargo no define específicamente el dato genético.

La Decisión 2008/616/JAI³⁵² de ejecución de la anterior Decisión 2008/615/JAI, da unas definiciones sobre perfil o dato de ADN, frente a dato dactiloscópico y dato de matriculación de vehículos (arts. 2 y 3), definiendo el perfil de ADN como “un código alfabético o numérico que representa un conjunto de características identificativas de la parte no codificante de una muestra de ADN humano analizada, es decir, la estructura molecular específica en los diversos loci (posiciones) de ADN” (art. 2.c).

Sin embargo esta acepción de perfil de ADN hay que complementarla con otros conceptos relacionados con los datos de ADN, que también recoge esta Decisión, como son; “consulta y comparación” de datos de ADN entre Estados de la UE, “parte no codificante del ADN”, “índice de referencia de ADN”, “perfil

³⁵⁰ Punto 1º del apéndice a la Recomendación Nº R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos.

³⁵¹ Decisión 2008/615/JAI del Consejo de UE, de 23 de junio, sobre profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

³⁵² Decisión 2008/616/JAI del Consejo de UE, de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

de ADN de referencia”, “perfil de ADN no identificado” y “nota sobre perfil ADN” en bases de datos (art. 2 a., d., e., f., g., h., de la Decisión 2008/616)³⁵³.

La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 2003, da una acepción más específica de dato genético, identificándolo como, toda “información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos” (art. 2).

Recientemente la UE ha dado una definición más amplia que la observada en la Declaración de la UNESCO de 2003 y Decisiones de la UE vistas, así el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos datos³⁵⁴, entendiendo por datos genéticos “los datos personales relacionados con características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física, que proporcionen una información única sobre la fisiología o salud de una persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona” (art. 4.13). Además este Reglamento de la UE de 2016 ahonda aún más, identificando el dato genético con la información obtenida del análisis de ADN, al precisar que se realizarán a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de

³⁵³ Decisión 2008/616/JAI del Consejo de UE, en su artículo 2, sobre Definiciones, dispone que a los efectos de la presente Decisión se entenderá por: a) “consulta” y “comparación”: los procedimientos mediante los cuales se determina si existe una concordancia entre los datos de ADN o los datos dactiloscópicos comunicados por un Estado miembro con datos de ADN o los datos dactiloscópicos almacenados en las bases de datos de otro, otros o todos los Estados miembros; d) “parte no codificante del ADN”: las regiones cromosómicas sin expresión genética, es decir, aquellas de cuya capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo no se tiene constancia; e) “índice de referencia de ADN”: un perfil de ADN y un número de referencia; f) “perfil de ADN de referencia”: el perfil de ADN de una persona identificada; g) “perfil de ADN no identificado”: el perfil de ADN obtenido a partir de vestigios obtenidos en el curso de la investigación de un delito y perteneciente a una persona aún no identificada; h) “nota”: la marca que un Estado miembro añade a un perfil de ADN en su base de datos nacional que indica que ha habido una coincidencia con ese perfil de ADN a raíz de una consulta o comparación realizada por otro Estado miembro.

³⁵⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente (Considerando número 34).

Estas definiciones son coincidentes con el Considerando 23 y art. 3.12 de la Directiva (UE) 2016/680³⁵⁵, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

Vista la legislación internacional y europea sobre el dato genético y ante la ausencia de definición específica en la normativa interna española³⁵⁶, siguiendo los postulados de alguna autora especializada³⁵⁷, debemos concluir con una definición a efectos procesales penales, donde el dato genético sería el resultado de analizar el perfil de ADN o procedimiento para obtener información, datos y características únicas para identificar a una persona a partir de la descomposición de las moléculas del ácido desoxirribonucleico, transformándolo en el llamado “perfil genético” o “código alfabético o numérico” que representa un conjunto de

³⁵⁵ Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

³⁵⁶ Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, sólo define el dato de carácter personal, como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (art. 3.a). Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores Obtenidos partir del ADN, prevé que sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (art. 4).

³⁵⁷ GOMEZ SÁNCHEZ, Y., “Los datos genéticos en el tratado Prüm”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, Nº 7 de 2007, págs. 137 a 166. Por dato genético, podemos entender toda “información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos (Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 2003); o bien “todos los datos, con independencia de su tipo, que se refieren a las características hereditarias de una persona o al modelo de herencia de estas características de un grupo de personas de la misma familia” (Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa), o también “cualquier dato relativo a las características hereditarias de una persona o de varias personas de la misma familia” (Artículo 2 g. de la Ley luxemburguesa de 2/08/02 relativa a la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal).

características identificativas de la parte no codificante³⁵⁸ de una muestra de ADN humano, y que una vez introducido en un fichero o base de datos informática constituirá el denominado “dato genético”.

En esta definición hemos tenido en cuenta la Decisión 2008/615/JAI de la UE, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, que limita los ficheros nacionales de análisis de ADN a que contengan datos exclusivamente de la parte no codificante de ADN³⁵⁹, pues como hemos afirmado antes ni la LO 15/1999 ni la LO 10/2007 recogen dicha limitación tan esencial para garantizar el derecho a la intimidad de las personas reconocido en nuestra Constitución. Ya que la LO 10/2007 sólo prevé, que podrán inscribirse en la base de datos policial los identificadores obtenidos a partir del ADN de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (art. 4), sin precisar de que parte de ADN se extraen, si es de la parte codificante o de la no codificante, debiendo entenderse este último por su limitación a la identidad de la persona y su sexo, si bien como dijimos antes, actualmente se pueden extraer datos hereditarios relacionados con algunas enfermedades tipo diabetes y algún tipo de cáncer de la parte no codificante.

De este modo para controlar el dato genético mediante la cadena de custodia de las muestras, debemos tener siempre presente que el dato genético se extrae del genoma humano, y que éste abarca dos elementos diferenciados, uno material o base física, que es la molécula de ADN y otro inmaterial o información que portan los genes, que sería el dato genético³⁶⁰.

³⁵⁸ “Parte no codificante del ADN”: regiones cromosómicas sin expresión genética, es decir, aquellas de cuya capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo no se tiene constancia (art. 2 d., de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo de UE).

³⁵⁹ Art. 2.2 de la Decisión 2008/615/JAI de la UE; “los estados miembros garantizarán que se disponga de índices de referencia relativos a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis del ADN a que se refiere la primera frase del apartado 1. Dichos índices de referencia contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y un número de referencia. Los índices de referencia no contendrán datos que permitan identificar directamente al interesado”.

³⁶⁰ NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal”, Bilbao-Granada. Comares 2006.

Una vez identificadas y separadas la parte física de la parte inmaterial del genoma humano, nos centraremos en este último, afirmando que el dato genético extraído es fácil de almacenar y del que se extraerán informes periciales sobre características identificativas de un individuo, paternidad y posibles vínculos de parentesco, lo que ha llevado a algún autor³⁶¹ ha denominarlo “información genética tridimensional”, ya que abarca al mismo tiempo un aspecto individual, familiar y universal.

Dato genético que algunos autores lo denominan erróneamente “huella genética”³⁶², por su parecido con la “huella dactilar”, pero sin embargo de resultados evidentemente más sensibles en cuanto a la información personal que se puede obtener y que de forma ilegal podría ampliarse a otras características de las personas por utilización del ADN codificante.

De conformidad con lo anteriormente expresado y por seguir avanzando sobre el objeto de esta fase del tratamiento del dato genético dentro de la cadena de custodia, siendo el objeto de ésta el garantizar o controlar los datos genéticos, respetando los principios de validez, legalidad y fiabilidad, evitando en todo momento su alteración, sustitución o manipulación, de forma que el informe documental sobre ADN resultante, permita la verosimilitud de la prueba en el proceso penal, evitándose errores de cotejo, confusión de perfiles o fallos informáticos de codificación.

Como prevención y evitación de confusiones en el tratamiento de los datos de ADN, debemos precisar que los datos genéticos, aunque proceden del análisis de las muestras biológicas, han sufrido una transformación que nada tiene que ver con éstas, siendo datos alfanuméricos identificables con una persona determinada, por lo que ya no sería de aplicación para garantizar la cadena de custodia el principio de mismidad de la prueba, válido para las muestras

³⁶¹ GUERRERO MORENO, A. A., “La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN”, Revista Criterio Jurídico, Vol. 8, nº 2, 2008.

³⁶² FIGUEROA NAVARRO, C. “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”. La Ley Penal 2011, núm 84, y “Policía Científica: 100 años de ciencia al servicio de la Justicia”. Madrid 2011.

biológicas, pero no para los datos genéticos. Sin embargo, sí les serían de aplicación el resto de principios citados sobre la cadena de custodia.

2. El dato genético frente a muestras biológicas de ADN

Al objeto de mejorar el control del dato genético mediante la cadena de custodia, debemos diferenciar el mismo frente a las muestras biológicas de ADN, por lo que a continuación reseñaremos la disimilitud que existe entre ambos términos, para lo cual nos apoyaremos en las afirmaciones de algunos autores³⁶³ sobre las muestras biológicas, que las distinguen como elementos de materia orgánica susceptibles de ser analizadas genéticamente, mientras que los datos genéticos están constituidos por la información obtenida del análisis del mapa genético de una persona en particular extraído de una muestra biológica.

Esta diferenciación nos lleva a considerar que una muestra biológica sin analizar nunca podrá ser considerada como un dato, sin embargo las muestras biológicas son fundamentales desde el punto de vista probatorio, pues de su análisis se extraerá el perfil genético, del que se obtendrá la información personal a modo de códigos de barras que serán almacenados en ficheros automatizados e informatizados en bases de datos de ADN.

Los datos genéticos humanos se obtienen gracias a las muestras biológicas, de las que no solamente es posible obtener información sobre patologías médicas y criminalísticas, sino también de su genoma, lo que hace que las muestras biológicas adquieran una gran importancia para la obtención de los datos genéticos.

De los anteriores enunciados deducimos que los datos genéticos serán finalmente utilizados como pruebas separados de las muestras de ADN de las que proceden, debiendo ser tratados respetando los mismos requisitos previstos para las muestras biológicas, o sea bajo estrictos criterios de licitud y fiabilidad,

³⁶³ GUERRERO MORENO, A. A., "La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN", Revista Criterio Jurídico, Vol. 8, nº 2 (2008).

garantizándose y controlándose en todo momento mediante la cadena de custodia, dándoles el adecuado tratamiento que expondremos en el apartado II de este capítulo, no sin antes expresar la característica esencial de los datos genéticos como datos de carácter personal sensible, lo que nos permitirá adecuar su correcto control y tratamiento procesal.

3. Los datos genéticos como datos de carácter personal sensibles

Una vez expresada la necesidad de conocer el concepto de datos genéticos, los cuales deben ser controlados al igual que las muestras de ADN mediante la cadena de custodia, diferenciándolos de las muestras de ADN, tenemos que matizar inexcusablemente su naturaleza, que no es otra que la de ser datos personales especialmente protegidos o de carácter sensible en grado máximo, como así los han definido algunos autores³⁶⁴ por cuanto pueden revelar amplias características íntimas de una persona más allá de la propia diferenciación de otra, permitiendo obtener gran cantidad de información de los individuos.

Para matizar esta característica de datos de carácter sensible, debemos apoyarnos en la normativa vigente que reseñaremos a continuación.

Como hemos expresado antes, en España la LO 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN, no sólo no define lo que debe entenderse por datos genéticos, sino que los considera como una variante de los datos de carácter personal, pues remite su regulación a la LO 15/1999, en cuanto al tratamiento como datos de carácter personal, por ser una norma general en esta materia, siendo esta última ley de aplicación directa (D.A. 2ª)³⁶⁵.

³⁶⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "La protección de los datos genéticos", XVI Congreso "Derecho y Salud", Vol 16. 2008, págs 78, 60 y 61. GUERRERO MORENO, A. A., "La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN", Criterio Jurídico, Santiago de Cali (Chile), Vol. 8, nº 2. 2008, pág. 223.

³⁶⁵ LO 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN, remite a la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, siendo ésta de aplicación directa en cuanto al tratamiento de datos personales por su regulación general en esta materia (parte II in fine del Preámbulo y Disposición Adicional 2ª).

Sin embargo hay que destacar, que la LO 15/1999 no reconoce singularmente los datos genéticos y sólo le da una protección especial a los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual de conformidad con la ley (art. 7.3), por lo que haciendo uso de la interpretación del mismo, podrían ser incluidos como datos de salud especialmente protegidos, siguiendo el desarrollo que de esta Ley hace su Reglamento, el cual considera datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su información genética (art. 5.1.g. del RD 1720/2007³⁶⁶).

A nivel internacional la Declaración de la UNESCO de 2003 sobre los Datos Genéticos Humanos³⁶⁷, no sólo define el concepto de datos genéticos humanos (art. 2.) como expusimos anteriormente, sino que identifica otros datos de interés personal como los datos proteómicos humanos, datos asociados con una persona identificable y datos irreversiblemente disociados de una persona identificable, además establece respecto de estos datos y muestras biológicas, que las medidas, derechos de recolección, tratamiento, utilización y conservación deberán ser compatibles con el derecho internacional relativo a los derechos humanos y objetivos de esta Declaración Universal³⁶⁸.

A nivel europeo tanto el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, como la Directiva (UE) 2016/680, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

³⁶⁶ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

³⁶⁷ Declaración Internacional “sobre Datos Genéticos Humanos” (DIDGH), aprobada por la UNESCO el 16-10-03.

³⁶⁸ La Declaración Internacional de la UNESCO sobre Datos Genéticos Humanos de 16-10-03, en su art. 1.a) expresa que “Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan, en adelante denominadas “muestras biológicas”, atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad y a la vez prestando la debida consideración a la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación; establecer los principios por los que deberían guiarse los Estados para elaborar sus legislaciones y políticas sobre estos temas; y sentar las bases para que las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en estos ámbitos”.

tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, definen y garantizan los datos personales y los datos genéticos, sin embargo no le dan a éstos últimos un tratamiento especial respecto del resto de datos personales. Únicamente establece una limitación, la de quedar prohibido el tratamiento de estos datos, junto con otros datos como los datos biométricos, de salud, vida sexual, o revelen origen étnico, opinión política o sindical³⁶⁹.

Hay que destacar la norma europea sobre Protección de Datos Médicos, recogida en la Recomendación N° R (97) 5, de 13 de febrero de 1997 y la Declaración Internacional de la UNESCO de 16 de octubre de 2003 “Sobre Datos Genéticos Humanos”, que consideran los datos genéticos como datos de carácter personal sensibles, en cuanto a su protección y por su vínculo con la persona, que se produce de forma más estrecha e íntima que en otro tipo de información personal, diferenciándolos incluso de los datos médicos.

La doctrina³⁷⁰ aún ha profundizado algo más en cuanto a la especificidad de los datos genéticos, al diferenciar entre datos públicos y datos sensibles.

En primer lugar se encuentran los datos públicos, que son aquellos que “de acuerdo con el valor que les atribuye la conciencia social, son conocidos por cualquiera, teniendo en cuenta además que la conciencia social es favorable a su publicidad, siendo frecuente su difusión como si no se tratara de datos personales”. De esta forma, son públicos, por ejemplo, los datos identificativos del nombre, apellidos, edad o profesión de una persona que, aunque no está

³⁶⁹ Art. 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física”.

³⁷⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. “Manual de derecho informático”, 10ª Ed. Aranzadi 2008.

obligado a darlos a cualquiera que se los demandare, no puede impedir que una vez conocidos sean difundidos, no pudiendo ser archivados.

En el segundo grupo están los *datos sensibles*, que son aquellos que solamente serán conocidos o por voluntad del titular o en circunstancias especiales y descritas en la ley. Debiendo entenderse por datos sensibles³⁷¹ aquellas informaciones relativas a cuestiones extraordinariamente delicadas, íntimamente unidas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana, que tienen una especial incidencia en la vida privada, y que pueden presentar un riesgo para prácticas abusivas y discriminatorias. Dentro del grupo de datos sensibles, necesariamente hemos de situar los datos relativos a la salud y, muy especialmente, las informaciones o datos genéticos.

De este modo los datos genéticos como datos de carácter personal sensibles, proporcionan información sobre el estado de salud actual, pero también sobre su pasado y futuro, e incluso características psicológicas de la persona, tal y como afirma algún autor sobre el mapa genético humano y pruebas de ADN, expresando³⁷² que “esta nueva técnica puede ser caracterizada sumariamente como un instrumento para presentar públicamente el cuadro más amplio posible de las características físicas y, hasta psicológicas, de una persona”.

Si sensibles son todos los datos relativos a la salud, los datos genéticos lo son en grado máximo, ya que pueden dar una imagen detallada de la condición física, psicológica y de salud de la persona.

De este modo la Agencia Española de Protección de Datos así lo ha reconocido en uno de sus Informes³⁷³ al establecer que “cualquier dato de

³⁷¹ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “La protección de datos personales en el Derecho español”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson 1999.

³⁷² MALEM SEÑA, J., “Privacidad y mapa genético”, Revista Derecho y Genoma Humano 2. (Enero-junio de 1995).

carácter genético deberá ser considerado como un dato que afecta a la salud de las personas y, por tanto, sujeto a las disposiciones específicas aprobadas para la regulación de este tipo de datos de carácter personal”.

Igualmente el Grupo Europeo de Protección de Datos³⁷⁴ considera que, dada la gran particularidad de los datos genéticos y su conexión con informaciones susceptibles de revelar el estado de salud, sexo o el origen racial o étnico, es conveniente considerarlos como datos especialmente sensibles, prohibiendo a los estados miembros el tratamiento de estos datos personales, actualmente previsto en el art. 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679³⁷⁵, siendo, por tanto, objeto de una protección reforzada prevista por este Reglamento y por tanto directamente aplicable a los estados miembros.

Como hemos afirmado antes, también la vigente LO 15/1999³⁷⁶ y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO,³⁷⁷ mantienen el reconocimiento de los datos relativos a la salud y datos genéticos como datos sensibles por su propia naturaleza, dándole una especial importancia y garantía sobre el resto de datos.

³⁷³ Informe Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre “Tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal”. Año 2000.

³⁷⁴ Documento de Trabajo sobre datos genéticos, elaborado por el Grupo de Protección de Datos personales, creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Adoptado el 17 de marzo de 2004.

³⁷⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

³⁷⁶ El artículo 7 de la LO 15/1999 (LOPD) distingue tres grupos de datos especialmente protegidos: datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias; datos relativos a la salud, origen racial y vida sexual, y, finalmente, datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Otorgando este precepto a los datos relativos a la salud o datos médicos (incluyendo a los genéticos) mayores garantías que al resto.

³⁷⁷ Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, el 16 de octubre de 2003 (DIDGH).

Sin embargo algunos autores³⁷⁸, ahondan aún más en la necesidad de reconocer los datos genéticos por sí mismos y no por su asimilación a los datos de salud, de naturaleza especialmente protegidos o datos sensibles mediante la modificación de la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, e inclusión y reconocimiento específico en la LO 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN.

Como hemos expuesto, este reconocimiento normativo de los datos de ADN, como datos sensibles en grado máximo, incluso superior a los datos médicos o de salud, nos lleva a concluir en la necesidad de que así se incorporen y se reconozcan por nuestro derecho interno, al objeto de un mejor control y garantía de los mismos mediante la cadena de custodia, y que se diferencien del resto de datos personales, que también afectan a la intimidad de las personas, pero en menor grado que los datos genéticos.

4. Uso exclusivo de datos genéticos con fines de investigación criminal

Una vez expresado el reconocimiento jurídico de los datos genéticos como datos personales sensibles, los cuales deberían plasmarse específicamente en la LO 10/2007 como datos genéticos, diferenciándolos del resto de datos de carácter personal previstos en la LO 15/1999, y al objeto de mejorar su control mediante la cadena de custodia, debemos avanzar hacia el adecuado tratamiento de estos datos dentro de la investigación criminal, conociendo las bases de datos de ADN existentes en nuestro país y su deficiente amparo legal.

De este modo los datos genéticos, los cuales se pretenden garantizar mediante la cadena de custodia de las pruebas de ADN objeto de esta tesis, se limitan exclusivamente a los perfiles y base de datos con fines de investigación criminal, identificación de cadáveres y búsqueda de personas desaparecidas, siendo estos datos únicamente los extraídos del ADN, tal y como previene la LO

³⁷⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. "La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa", Revista Derecho y Salud, Vol. 16, 2008, págs. 59-78.

10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN³⁷⁹.

Sin embargo, la LO 10/2007 no prevé expresamente en su articulado la prohibición de extraer datos de la parte codificante de ADN, como si lo hace la Decisión 616/2008 JAI³⁸⁰, la cual declara que los estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar la integridad de los perfiles de ADN, los cuales se extraerán de la parte no codificante de una muestra de ADN humano (art. 7.4 y art. 2.c.y d.). Si bien el Preámbulo³⁸¹ de la LO 10/2007 prevé que en ningún caso se extraerán perfiles de la parte codificante de ADN, prescripción ésta que carece de valor normativo vinculante al no incorporarse en su articulado.

En la investigación criminal la utilización de las técnicas de ADN para el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto una revolución en la investigación de la autoría del delito, pero la práctica de esta prueba necesita ser garantizada y valorada convenientemente bajo criterios de licitud y fiabilidad. Por el contrario algunos autores han afirmado que en muchos casos las pruebas de ADN se las sobreestima con excesiva ligereza, en la creencia de que estamos ante la panacea de todas las pruebas³⁸².

Ejemplos de esta revolución en la investigación criminal, lo corroboran algunas sentencias, que declararon esta prueba de ADN como fundamental para la exculpación penal, tal y como lo reflejó la STS 789/1997, de 23 de mayo,

³⁷⁹ LO 10/2007, art. 4 "Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo".

³⁸⁰ Decisión 2008/616 JAI, de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

³⁸¹ LO 10/2007, Preámbulo II. 4, dispone que "Pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética".

³⁸² HEILMAN, E., "En busca de la identidad: huellas génicas y policía científica", *Genes en el Estrado*, (dir. Daniel Borrillo) ed. CSIC, Madrid, 1996, págs. 63 y ss. En las que refiere el entusiasmo despertado por la prueba de ADN en la investigación criminal y posterior relativización del mismo.

estimatoria del recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que había condenado a dos jóvenes marroquíes a penas que sumaban 51 años y 2 días de prisión por los delitos de violación, detención ilegal, robo y lesiones. Esta condena de dos marroquíes tuvo como prueba esencial el ser reconocidos o identificados como los autores de los hechos por la mujer violada. Y siendo detenido con posterioridad un tal A.G.C. por hechos similares y abierto el correspondiente procedimiento penal por tal hecho, y tras percatarse la Policía del gran parecido físico entre A.G.C. con uno de los marroquíes condenados se practicaron pruebas de ADN sobre muestras de sangre de los tres, que concluyeron que el semen hallado en el pantalón vaquero de la joven no correspondía a ninguno de los condenados, y sí a A.G.C.

Concluyendo el TS con la anulación de la condena impuesta a los dos marroquíes y ordenando seguir la causa contra el verdadero culpable. El Fiscal había argumentado en su informe del recurso de revisión, que los adelantos científicos permitieron alcanzar finalmente unos resultados claros y decisivos allí donde los conocimientos de 1992 fueron insuficientes para avanzar en un sentido u otro, puesto que no consiguieron trazar perfil de ADN alguno. Sin embargo en estas fechas aún no se disponía en España de una regulación sobre la necesaria base de datos sobre identificadores del ADN, aunque ya comenzaron los primeros intentos de una regulación homogénea, como lo recogieron algunas proposiciones de ley³⁸³.

Estos antecedentes conllevaron la creación de archivos desde el punto de vista material. Por un lado los vestigios encontrados, por otra parte las muestras extraídas de estos vestigios para proceder a los análisis y por último los resultados de dicho análisis que posibilitan la creación de una base de datos en cuanto son susceptibles de tratamiento automatizado.

³⁸³ Proposición de ley 122/000090, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 112, de 1 de marzo de 1995 y Proposición no de ley 162/000242 ante el Congreso para que dicha Cámara inste al Gobierno la introducción de una legislación sobre esta materia.

De este modo con antelación a la LO 10/2007, algunos autores expresaron en el año 2002³⁸⁴, que para la formación de una base de datos de ADN con fines de investigación criminal, se debe contar con una serie de índices o archivos de perfiles de ADN presentándose en principio las siguientes posibilidades que contendrían datos genéticos, como son:

Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de vestigios biológicos no atribuibles a ninguna persona que fueron hallados en el lugar de los hechos o del cuerpo de la víctima, en el curso de una investigación judicial penal.

Índice de perfiles procedentes de personas identificadas. Las personas cuyo perfil se incluye se determinarán en base a criterios concretos.

Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de restos cadavéricos no identificados.

Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras biológicas de personas (familiares de desaparecidos, etc.) siempre que medie su consentimiento.

Además de estos índices necesarios en cualquier base de datos de ADN con fines de investigación criminal, su custodia debe corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pues es a éstas a las que se les encomienda la investigación de los delitos, como así ocurre en países de nuestro entorno, como en Alemania, Noruega, Finlandia o en Canadá³⁸⁵.

³⁸⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, O., ALONSO A., "Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento de investigación policial", en Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pág. 41.

³⁸⁵ ANDRADAS, J., "Uso de la tecnología del ADN en la policía española", en "La prueba del ADN en Medicina Forense: La genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales, y en la investigación biológica de la paternidad", Dir. MARTÍNEZ JARRETA, B., Ed. Masson, Barcelona, 1999, pág. 201.

En España las únicas bases de datos de ADN con fines de investigación penal fueron creadas por la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, si bien existían otras bases de datos policiales reguladas por Ordenes Ministeriales³⁸⁶ al amparo del artículo 20 de la LO 15/1999, de creación de ficheros automatizados de datos de carácter personal, y que podrían estar inmersas en ilegalidad por regular materias reservadas a las leyes orgánicas de conformidad con el art. 81.1 CE o cuanto menos por ley ordinaria.

Esta LO 10/2007 prevé en su artículo primero la creación de un fichero único de esta naturaleza y de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el que se introducirán los datos procedentes tanto de la investigación y averiguación de delitos, como de los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

De lo que se deduce que estos datos genéticos introducidos en ficheros o bases de datos policiales para uso exclusivo en investigaciones criminales, necesitan de un adecuado tratamiento y control mediante la cadena de custodia de los datos resultantes de la prueba de ADN, bajo criterios de licitud y fiabilidad, ante la ausencia de una regulación específica sobre cadena de custodia.

A este respecto la LO 10/2007, sólo prevé que los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial, deberán adoptarse las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia (art. 6), sin establecer como debe realizarse dicha conservación y custodia de los datos genéticos, cuyo adecuado tratamiento pasamos a analizar en el siguiente apartado.

³⁸⁶ Orden INT de 18-03-98, de creación del programa de desaparecidos denominado FÉNIX en la Guardia Civil, encaminado a la identificación de familiares desaparecidos mediante el estudio de polimorfismos de ADN en comparación con los familiares vivos. Orden INT de 7-03-00, que reguló el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos ADNIC. Orden INT de 21-09-00, por la que se regulan los ficheros automatizados para la identificación genética, ADN-HUMANITAS, restos humanos, y ADN-VERITAS, vestigios biológicos, y muestras para cotejo, en la Dirección General de la Policía. Orden INT 11-11-04, de creación de base de datos del Ministerio del Interior INT-FENIX. Orden INT de 04-05-11, de creación de base de datos del Ministerio del Interior INT-SAIP (modificada por Orden INT de 13-07-13).

II. EL TRATAMIENTO DEL DATO GENÉTICO

1. Antecedentes normativos sobre el tratamiento del dato genético

Como se ha expuesto anteriormente lo que se trata de proteger y garantizar en esta fase de la cadena de custodia, es el dato genético a través de su adecuado tratamiento, el cual debe ajustarse a los criterios de licitud y fiabilidad, evitando en todo momento su contaminación, alteración, sustitución o manipulación, de forma que permita la verosimilitud de la prueba en el proceso penal, omitiendo errores de cotejo, confusión de perfiles o fallos informáticos de codificación.

El adecuado tratamiento del dato genético está estrechamente relacionado con la cadena de custodia de los datos genéticos, por cuanto ambos procedimientos se solapan al tratar de controlar y garantizar correctamente los datos de ADN, si bien el primero es más amplio como veremos a continuación.

Antes de pasar a exponer el adecuado tratamiento del dato genético mediante su control a través de la cadena de custodia, debemos resumir la normativa existente sobre esta materia.

De este modo debemos resaltar que el 4 de mayo de 2016 se publicó en el DOUE el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos, el cual deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), siendo aplicable para todos los estados de la UE a partir del 25 de mayo de 2018, por lo que la normativa española interna deberá adecuarse a ésta, de ahí que citemos algunos de sus postulados para extraer el adecuado tratamiento de los datos genéticos controlados por la cadena de custodia.

Debemos partir del reconocimiento que este Reglamento de la UE hace sobre la definición de “tratamiento” como, “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjunto de datos personales

(incluidos los genéticos), ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción” (art. 4.1).

Dicha definición debemos complementarla con algunos antecedentes normativos internacionales, europeos y nacionales a tener en consideración sobre tratamiento de datos genéticos, tales como:

La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 16 de octubre de 2003, que infiere como debe de realizarse este tratamiento o procedimiento sobre datos genéticos, los cuales serán “transparentes y éticamente aceptables para recolectar, tratar, utilizar y conservar los datos genéticos humanos y los datos proteómicos³⁸⁷ humanos (art. 6. a).

La Decisión Marco 2008/977/JAI de protección de datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en el ámbito penal³⁸⁸ definió el tratamiento de datos personales como, “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción” (artículo 2.b). Sin embargo, como señalamos en el apartado anterior, esta norma no especifica los datos genéticos como datos personales, si bien

³⁸⁷ P. JAMES (1997), “Protein identification in the post-genome era: the rapid rise of proteomics”. *Quarterly reviews of biophysics* 30 (4), pp. 279–331. La Proteómica es el estudio a gran escala de las proteínas, en particular de su estructura y función, como una analogía con genómica (estudio de los genes). La palabra “proteoma” es la fusión de “proteína” y “genoma”, y fue acuñada por Marc Wilkins en 1994, mientras trabajaba en ese concepto como estudiante de doctorado. El proteoma es la dotación completa de proteínas, producidas por un organismo o sistema. Esto varía con el tiempo y con requisitos diferentes, o debido al estrés, que sufre una célula o un organismo.

³⁸⁸ Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27-11-2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

podría deducirse de su redacción amplia, al afirmar que son, toda información sobre una persona identificable (art. 2.a)³⁸⁹.

Nuestra LO 15/1999 (LOPD), entiende por Tratamiento de Datos personales, las “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias” (artículo 3.c).

Aunque esta normativa no regula específicamente el concepto de tratamiento de dato genético ni base de datos genética, sería de aplicación por su carácter subsidiario a cualquier regulación sobre datos de carácter personal incluidos los genéticos. Sin embargo por la especificidad y sensibilidad de los datos obtenidos a partir del ADN, requeriría de un tratamiento igualmente específico, bien a través de la propia LO 15/1999, bien modificando la LO 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN, si bien como hemos expuesto, a partir del 25 de mayo de 2018 sería aplicable el Reglamento de la UE 2016/679 sobre tratamiento de datos de carácter personal.

Lo verdaderamente importante sobre los conceptos aportados de tratamiento de datos personales, es la necesidad de controlarlos o garantizarlos mediante la cadena de custodia de los datos genéticos, comprobando que tanto el tratamiento de los datos como los archivos o bases de datos genéticos informatizados se ajustan a criterios de licitud y fiabilidad.

Respecto al criterio de licitud en el tratamiento de los datos genéticos, debemos tener siempre presente que las bases de datos de ADN cuentan con una

³⁸⁹ Art. 2.a) de la Decisión Marco 2008/977/JAI, define "datos personales", como toda información sobre una persona física identificada o identificable. Se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

mayor posibilidad de afectar a la intimidad y al derecho fundamental de protección de datos que garantizada en nuestra Constitución³⁹⁰, que cualquier otra base de datos de carácter personal, pues como afirma algún autor³⁹¹ las técnicas informáticas derivadas del tratamiento automatizado de los datos de ADN es más amplio, rápido y eficaz en su distribución que cualquier otro dato personal individual, por lo que su tratamiento debe estar estrictamente sujeto a la ley y en absoluto respeto con los derechos fundamentales.

También el artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

Actualmente nuestra LECRIM no reconoce la creación de bases de datos de ADN, donde de manera centralizada e integral, se almacenen los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que puedan ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos. Si bien la LECRIM si permite la extracción de perfiles de ADN en casos absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial³⁹².

En la mente del legislador siempre ha estado presente la necesidad de regular las bases de datos de ADN, así en el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (CPP 2013), recogía en su artículo 290 que “sólo podrán inscribirse en la base de datos policial los identificadores obtenidos a partir del ADN que

³⁹⁰ Arts. 18. 1 y 4 CE “Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”, “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

³⁹¹ AULLO, M., comunicación oral “El estado actual de la Legislación española y otros países de nuestro entorno en lo relativo a las pruebas de identificación mediante el empleo de sondas de ADN”. Jornada de trabajo del 22 de enero de 1993 de la ISFG.

³⁹² Art. 363 de la LECRIM, prevé que el “Juez acordará cuando concurran acreditadas razones, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, ordenando su análisis químico únicamente en casos absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial”.

proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. La cancelación de los datos se registrará por la Ley reguladora de la base de datos policial de identificadores”.

De forma similar lo regulaba el CPP de 2011³⁹³, si bien preveía la destrucción de la muestra, una vez inscritos los datos de ADN en la base de datos policial.

Estas carencias legislativas, unidas a otros factores de naturaleza diversa, pusieron de manifiesto la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos.

Los motivos expresados anteriormente sirvieron de argumento para su normalización en España mediante la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN³⁹⁴, la cual creó un fichero único de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Este fichero policial fue creado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos

³⁹³ El art. 266. 3 y 4 del anteproyecto de la nueva LECRIM (CPP 2011), regula que “Los datos identificativos extraídos a partir del ADN se inscribirán en la base de datos policial conforme a su ley reguladora y se mantendrán en ella hasta que de acuerdo con lo establecido en la misma proceda su cancelación”, “Una vez extraídos e inscritos en la base de datos policial los datos identificativos del investigado, se dispondrá la destrucción de la muestra”.

³⁹⁴ España no contaba con una base de datos genética oficial y correctamente legislada. Si bien existía un programa de desaparecidos denominado FÉNIX en la Guardia Civil (Orden INT 18-03-98) encaminado a la identificación de familiares desaparecidos mediante el estudio de polimorfismos de ADN en comparación con los familiares vivos, igualmente el 7-03-00 se elaboró una nueva Orden Ministerial que reguló el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos ADNIC, así como el programa HUMANITAS y VERITAS de la Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía (Orden INT 21-09-00), y a nivel nacional las base de datos del Ministerio del Interior INT-FENIX (Orden INT 11-11-04) e INT-SAIP (Orden INT de 04/05/11, modificada por Orden INT de 13-07-13) respectivamente, las cuales carecían de un claro amparo legal hasta la promulgación de la Ley 10/2007.

o de averiguación de personas desaparecidas (art. 1 LO 10/2007), debiendo inscribirse en estas bases de datos policiales los siguientes datos; en primer lugar, 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 graves³⁹⁵, y en segundo, los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

No precisando para éstos el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento (art. 3), y con la única limitación de inscribirse en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (art. 4). Debiendo haber previsto expresamente este artículo que la información genética obtenida sería extraída exclusivamente de la parte no codificante de ADN.

La promulgación de esta ley orgánica reguladora de las bases de datos policiales a partir del ADN, con sus carencias, fue esencial para justificar el control y poder garantizar los datos de ADN mediante la cadena de custodia, bajo amparo del principio de licitud, pues antes del año 2007 los perfiles de ADN inscritos en bases de datos policiales estaban viciados de ilegalidad como veremos a continuación.

Sin embargo la LO 10/2007 sólo prevé sobre el tratamiento de perfiles de ADN, que los datos obtenidos del ADN, para inscripción en la base de datos policial, se realizarán adoptando todas las garantías legales que aseguren su

³⁹⁵ Art. 3. LO 10/2007, "...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, ap. 4 de la LECRIM en relación con los delitos enumerados".

traslado, conservación y custodia (art. 6). No estableciendo procedimiento específico alguno sobre el modo de ejecutarse, para así garantizar o controlar los datos de ADN mediante la cadena de custodia, y sin que hasta la fecha exista precepto normativo que desarrolle las garantías legales que aseguren la custodia de estos datos de conformidad con esta ley. Tan es así, que su Reglamento regulado mediante RD 1977/2008, prevé que la CNUFADN desempeñará funciones de elaboración de protocolos técnicos oficiales sobre conservación de las muestras de ADN (art. 3.c), pero no sobre el tratamiento de los datos de ADN, si bien hay que destacar que la CNUFADN desde el año 2014 está estudiando abordar la elaboración de un documento, con el fin de desarrollar un estándar común para la determinación de los periodos de custodia de las muestras de ADN en las distintas instituciones públicas competentes en esta materia³⁹⁶.

No existiendo aún ningún documento al que las diferentes instituciones públicas como el INTCF, Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policías Autonómicas puedan adecuar su actuación para garantizar los datos de ADN mediante la cadena de custodia, los mismos actuarán como ha matizado algún autor³⁹⁷ bajo diferentes formas de gestión interna, pero como objetivo fundamental el garantizar la trazabilidad de los vestigios y muestras en todo el proceso forense, incorporando en éste el tratamiento de los datos de ADN y su incorporación o extracción en las bases de datos policiales.

2. El adecuado tratamiento de los datos genéticos bajo la regulación actual

Una vez expuestos los antecedentes normativos sobre el dato genético y bases de datos policiales a partir del ADN y extraídas las deficiencias y carencias observadas en dicha normativa, sólo nos queda expresar la necesidad de diseñar

³⁹⁶ Actividades de la CNUFADN de 2014. Comisión Técnica Permanente, punto 3.6 sobre “Discusión de los procedimientos de custodia de muestras tras los análisis periciales de ADN”. <https://www.administraciondejusticia.gob.es>

³⁹⁷ FIGUEROA NAVARRO, C., y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 147.

el adecuado control de los datos genéticos mediante la cadena de custodia, teniendo en cuenta para ello la normativa aplicable.

El tratamiento de los perfiles genéticos, al igual que las muestras biológicas de las que se extraen, debe de garantizarse mediante la correcta cadena de custodia, al objeto de que los datos personales e informes forenses que se extraigan de éstos, puedan servir de prueba en un proceso penal. Pues de nada serviría haber controlado las muestras de ADN mediante la correcta cadena de custodia desde la obtención, análisis y tratamiento de los datos, si finalmente los perfiles se cambian o adulteran viciando la prueba.

Como ya hemos apuntado, en la normativa española no existe ninguna regulación específica que garantice el tratamiento de perfiles y datos de ADN, por lo que para conseguir nuestro objetivo, primeramente analizaremos la normativa existente sobre esta materia³⁹⁸, y especialmente la reciente Directiva (UE) 2016/680³⁹⁹, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo⁴⁰⁰, y Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/04/16, relativo a la protección de las personas

³⁹⁸ Recomendación Nº R (97) 5, de 13-02-97, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros “sobre Protección de Datos Médicos”. Declaración Internacional “sobre Datos Genéticos Humanos” (DIDGH), UNESCO el 16-10-03. LO 10/2007 “Reguladora de Bases de datos policial y judicial sobre identificadores a partir de ADN”. LO 15/1999, de “Protección de Datos”, y su reglamento de desarrollo RD 1720/2007, de 21 de diciembre. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/04/16, Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), no será aplicable hasta dos años después de su entrada en vigor, o sea, hasta el 25/05/2018 (art. 99.2).

³⁹⁹ Directiva (UE) 2016/680 del parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. En vigor desde 5-05-16 (art. 64).

⁴⁰⁰ Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, Relativa a los datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), el cual no será aplicable hasta dos años después de su entrada en vigor, o sea, hasta el 25 de mayo de 2018 (art. 99.2).

Para garantizar y controlar los datos de ADN insertados en las bases de datos policiales mediante la cadena de custodia, debemos conocer el procedimiento o tratamiento que actualmente se viene realizando con los mismos, siendo éste el siguiente:

Primeramente se extraerá el perfil del ADN y se introducirá en la base de datos policial de ADN, integrada por ficheros de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde sólo podrá inscribirse identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (art. 5 de la LO 10/2007).

Siguiendo los preceptos de la Directiva (UE) 2016/680 y del Reglamento (UE) 2016/279), dicha fase de tratamiento de datos de ADN, consistiría en la realización de cualquier operación sobre datos personales a partir de su ADN, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (art. 3.2 y 4.2 respectivamente).

Tal y como apunta alguna autora⁴⁰¹, el objetivo que se persigue en esta fase, es doble. En primer lugar, mediante la búsqueda y comparación automatizada de perfiles de ADN, se pretende lograr una coincidencia entre ellos, en concreto,

⁴⁰¹ CABEZUDO BAJO, M. J., "La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España". Op. Cit. Pág. 747.

entre un perfil no identificado y un perfil identificado o entre dos perfiles no identificados, lo que permitiría vincular varias escenas de un delito. En virtud de dicho resultado coincidente, el segundo objetivo de esta fase es la elaboración del correspondiente informe pericial de ADN en el que ha de cuantificarse la probabilidad, dada la coincidencia, de que se trate de la misma persona.

Esta última actividad debe realizarse con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados, además de extremar la mayor fiabilidad posible. A este respecto desde el punto de vista de la licitud, dicha coincidencia ha de lograrse siempre que el conjunto de actividades que conforman dicho tratamiento sean respetuosas principalmente con el derecho fundamental a la intimidad y protección de datos personales, bajo las prescripciones de las normas sobre protección de datos, normativa interna y europea reseñada anteriormente.

Otro aspecto a tener en cuenta en el adecuado tratamiento de los datos de ADN para un buen control de los mismos mediante la cadena de custodia, es conocer otros aspectos relacionados con la fiabilidad de este procedimiento⁴⁰², como es que la base de datos policial de ADN se realice por personal cualificado y utilizando el software adecuado, esto es, la más adecuada versión del CODIS⁴⁰³, para disminuir al mínimo la probabilidad de error, así como que se aplique adecuadamente el método de Bayes para obtener probabilidades. Si bien actualmente no existe amparo legal sobre estas actividades que darían fiabilidad al tratamiento de los datos de ADN, se deberían incluir expresamente en un texto normativo dentro de la regulación general de la cadena de custodia de las pruebas de ADN.

⁴⁰² CABEZUDO BAJO, M. J., “La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea ...” Op. Cit. Pág. 748.

⁴⁰³ CODIS (Sistema de Indizado Combinado de ADN) implantado en España en noviembre de 2007; incluye programa y software para ejecutar la base de datos sobre identificación de personas mediante su ADN, en el que figurarán los datos del perfil de ADN, el identificador de la Policía que solicita o aporta el perfil de ADN, la identificación de la prueba que recoge los restos de ADN y el personal del laboratorio responsable de la investigación forense. En España la base de datos de ADN con fines de investigación criminal y de identificación de desaparecidos utiliza el Sistema CODIS estructurado en una red de servidores locales (LDIS) gestionados por 3 Instituciones estatales y 2 autonómicas conectados mediante la red SARA al servidor estatal (SDIS) que es gestionado por la Secretaría de Estado de Seguridad de acuerdo a lo establecido en la LO 10/2007, en donde los perfiles de ADN son estructurados en distintos índices de búsqueda y comparados de forma sistemática en el servidor estatal.

Y como última característica que afecta a la fiabilidad de las bases de datos de ADN, es la prevención de seguridad que recoge la LO 10/2007, al incluir los ficheros de ADN en el nivel más alto de seguridad (art. 8) de acuerdo con la ley 15/1999, es decir en el nivel más elevado que prevé la legislación sobre protección de datos de carácter personal, en la que se indica que medidas se adoptarán para el nivel alto, entre otras la de encomendar a la CNUFADN funciones de seguridad de custodia y confidencialidad de las muestras, los análisis y los datos, sin que hasta la fecha la CNUFADN haya confeccionado un documento de cadena de custodia, con el fin de desarrollar un estándar común para la determinación de la cadena de custodia de las muestras de ADN por las distintas instituciones públicas.

Debemos concluir este apartado exponiendo que todas las prevenciones y requisitos expuestos anteriormente sobre tratamiento de datos de ADN, son aplicables igualmente a las medidas que se adopten para controlar o garantizar los datos de ADN mediante la cadena de custodia en esta fase de tratamiento de datos, pues constituyen operaciones necesarias para la correcta ejecución de ambos procedimientos.

3. Tratamiento de las bases de datos de ADN policiales

Una vez examinado el adecuado tratamiento de los datos genéticos y detectadas las carencias normativas sobre la cadena de custodia de estos datos, debemos tener presente las limitaciones a que deben estar sometidos estos archivos que contienen datos identificativos a partir de ADN humano, cuyos datos e informes extraídos también deberán controlarse mediante la adecuada cadena de custodia, del mismo modo que las muestras biológicas de las que proceden.

A) Necesidad de control de las bases de datos genéticos policiales

Sobre la necesidad de confeccionar bases de datos genéticos y a su vez ser controladas o limitadas, algún autor⁴⁰⁴ ya expresó en 2002 y antes de promulgarse la LO 10/2007, “que todo archivo que contenga datos de ADN debe estar sometido a las premisas de previsión legal, control judicial, proporcionalidad y necesidad, recurriendo a estas bases de datos porque no se ha podido averiguar de otro modo la autoría de un hecho criminal o esclarecimiento del delito por otras vías de investigación”.

En España, actualmente existen bases de datos de ADN con fines de investigación criminal y de identificación de desaparecidos, las cuales utilizan el sistema CODIS⁴⁰⁵ estructurado en una red de servidores locales (LDIS), gestionados por tres instituciones estatales y dos autonómicas, conectados mediante la red SARA al servidor estatal (SDIS), que es a su vez gestionado por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior⁴⁰⁶ de acuerdo a lo establecido en la LO 10/2007 (arts. 1 y 2).

Sin embargo aunque la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 faculta al Gobierno para desarrollar esta ley, hasta la actualidad no se ha regulado un manual específico de cómo debe de introducir, cotejar o extraer la información resultante de los perfiles de ADN y menos aún sobre la cadena de custodia en general, ni sobre la cadena de custodia de los datos de ADN en particular, si bien, como hemos dicho, existe voluntad de realizar un documento

⁴⁰⁴ MORA SÁNCHEZ, J.M., “Propuestas para la creación y regulación legal en España de una Base de Datos de ADN con fines de identificación criminal”, 2002. y “Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad, Comares”, 2002.

⁴⁰⁵ CODIS es el acrónimo de "Sistema de Índice Combinado de ADN", y es el término genérico utilizado para describir al programa creado por el FBI de apoyo a las bases de datos criminales de ADN del Departamento de Justicia, así como el software utilizado para ejecutar estas bases de datos. Es el programa informático que contiene bancos de datos locales, estatales y nacionales de perfiles de ADN de personas condenadas, perfiles de ADN de las pruebas halladas en el lugar de los hechos y perfiles de ADN de personas desaparecidas. Este software CODIS, fue facilitado gratuitamente por el FBI estadounidense al Ministerio de Interior español (Secretaría de Estado de Seguridad) en 2007.

⁴⁰⁶ La Secretaría de Estado de Seguridad en 2007 incorporó a través del servidor estatal de ADN (SDIS), las siguientes cantidades de perfiles; la Policía Nacional (94.740), la Guardia Civil (35.616), los Mossos d'Esquadra (3.057), la Ertzaintza (674) y el INTCF (4), éste último acaba de incorporarse al sistema y comenzarán ahora a meter los datos en la base, según consta en la nota de prensa publicada en la página web del Gobierno la-moncloa.es y memoria anual 2008 del INTCF (noviembre 2009).

al respecto por la CNUFADN, todo ello de conformidad con el art. 3 del RD 1977/2008, por el que se regula la composición y funciones de la CNUFADN⁴⁰⁷.

Ante la carencia normativa observada en la legislación sobre el tratamiento de los datos de ADN, así como de la cadena de custodia de los mismos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado españolas cuentan con el sistema CODIS⁴⁰⁸, para el tratamiento informatizado de los perfiles de ADN.

Siguiendo estos programas informáticos, los perfiles de ADN son asociados a un código identificador anónimo y a un código de laboratorio, estructurados en distintos índices de búsqueda y comparados de forma sistemática en el servidor estatal SDIS de la Secretaría de Seguridad, lo que hace necesario que dichos códigos estén siempre identificados y controlados por las personas que los manipulan, las cuales deben en todo momento estar identificadas para así poder garantizarlos mediante la cadena de custodia.

Una vez que se produce una coincidencia entre los perfiles de ADN de dos muestras (indicio-indicio o indicio-muestra de referencia) es necesario proceder al intercambio entre las instituciones involucradas de los datos del caso o asunto y los datos de carácter personal (en el caso de muestras de referencia), así como, en ciertos casos, de datos técnicos para validar la coincidencia, debiendo igualmente respetarse la identificación del personal que los manipula.

⁴⁰⁷ Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, establece en su art. 3. d) que la CNUFADN tendrá la función de "La determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de 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".

⁴⁰⁸ CODIS, programa informático cedido por el FBI a la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, permite el cotejo automatizado y sistematizado de perfiles genéticos desde 2007. Sin embargo desde 1999 el Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, dispone de Bases de Datos Genéticos de Investigación Criminal (ADNIC) y de Identificación de Desaparecidos/Cadáveres con fines sociales y humanitarios (FENIX), creados por Orden de 18/03/1998, y desde el 2000 el Cuerpo Nacional de Policía de ficheros automatizados para la Identificación Genética de restos Humanos (ADN-Humanitas) y de Vestigios Biológicos, muestras para cotejo (ADN-Veritas), creados por ORDEN de 21/09/2000.

En la actualidad esta transferencia de datos se ejecuta mediante la cumplimentación de forma manual de un formulario que se transmite a través de direcciones institucionales de correo electrónico, lo que acarrea un alto grado de tareas administrativas y una deficiente gestión de la información, perjudicándose el correcto tratamiento de datos de ADN y a su vez la cadena de custodia de los mismos.

Esta deficiente gestión de la información en las bases de datos policiales de ADN, se manifiesta en el hecho de que los datos que constan en los archivos policiales, figurarán eternamente, mientras no se solicite su cancelación por los interesados, de conformidad con el artículo 9 de la LO 10/2007 y en relación con la LO 15/1999 de Protección de datos de carácter personal, teniendo como límite el no superar nunca el tiempo de prescripción del delito⁴⁰⁹.

Además de la deficiente gestión de los datos de ADN reseñada, hay que adicionar la existencia de otros riesgos generales sobre la mala utilización de los datos de ADN, como pueden ser; comprometer la intimidad genética propia y la de sus familiares, utilizarse para la determinación del origen étnico más probable, la posibilidad de ceder dichos datos al Centro Nacional de Inteligencia sin limitación alguna, amparado ésta en el art. 7.3 c) de la LO 10/2007, riesgo de tráfico ilegal de datos por parte de los propios funcionarios que tienen acceso a la base de datos de ADN⁴¹⁰, incluso la posibilidad de fallos de seguridad informática que permitan el acceso a la información por parte de terceras personas no autorizadas, con el consiguiente riesgo de creación de un mercado

⁴⁰⁹ Art. 9. 3. LO 10/2007 “El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo. El apartado 1 de este artículo prevé que “La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará: El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito y 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 contrario”.

⁴¹⁰ La STS 861/2000, de 4 de diciembre, confirmó la condena por cohecho y revelación de secretos a dos funcionarios de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social por traficar con información relativa a personas físicas y jurídicas obtenida por razón de sus cargos y con la que obtuvieron “sustanciosas ganancias económicas”.

negro de estos datos personales, posibilidad de confundir, suplantar o sustituir perfiles de ADN por los de otra persona que conllevaría a gravísimos errores judiciales, el intercambio de perfiles de ADN con terceros estados multiplicaría a su vez los riesgos anteriormente aludidos.

Para concluir tras exponer las precauciones o deficiencias observadas en el tratamiento de los datos de ADN, debemos decir que la CNUFADN, aún no ha establecido prevención alguna sobre la cadena de custodia de estos datos obrantes en la base de datos de ADN.

B) Destino final de los datos genéticos

Los datos genéticos deben de garantizarse mediante la cadena de custodia en todo momento hasta su destino final, pudiendo ser conservados, destruidos o cancelados de conformidad con la LO 10/2007 (art. 9).

Sin embargo como dijimos antes, los datos genéticos podrían estar eternamente en las bases de datos policiales, pues la LO 10/2007 no prevé la cancelación de oficio, sino a instancia del interesado (art. 9.3), y en los términos establecidos en la LO 15/2009⁴¹¹. Si bien prevé unas limitaciones de tiempo de conservación de no superar el señalado en la ley para la prescripción del delito y para cancelación de antecedentes penales (art. 9.1).

Respecto a la cancelación a instancia del interesado, la LO 15/2009 de protección de datos de carácter personal (art. 5.1), dispone que “corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios”, no indicando los motivos bajo los cuales el Juez puede tomar dicha decisión o, lo que es peor, durante cuánto tiempo pueden conservarse hasta su destrucción. Mientras que la Directiva (UE) 2016/980⁴¹² sólo prevé que,

⁴¹¹ Artículo 9.3 de la LO 10/2007 “El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo”.

los estados miembros dispondrán que se fijen plazos apropiados para la supresión de los datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación de los datos personales.

Las normas de procedimiento garantizarán el cumplimiento de dichos plazos. Esta carencia normativa, ha sido parcialmente suplida por el Acuerdo de la CNUFADN de 16 de mayo de 2012⁴¹³, que prevé que los datos se conservarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos, en concordancia con lo previsto en la LO 10/2007 (art. 9.2), y en donde los datos de personas desaparecidas no identificadas, permanecerán inscritos hasta que sean identificadas (art. 9.4).

La Directiva (UE) 2016/680 prevé que los Estados miembros exigirán al responsable del tratamiento suprimir los datos personales sin dilación indebida y dispondrán el derecho del interesado a obtener del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan cuando el tratamiento infrinja los artículos 4, 8 o 10, o cuando los datos personales deban ser suprimidos en virtud de una obligación legal a la que esté sujeto el responsable del tratamiento (art. 16.2).

En todo caso, la cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, conllevará la eliminación del perfil de ADN y la destrucción de las muestras biológicas originales, debiéndose tener siempre presente las consideraciones vertidas por el TEDH⁴¹⁴ sobre la necesidad de no

⁴¹² DIRECTIVA (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. En vigor desde 5-05-16.

⁴¹³ Acuerdo del pleno de la CNUFADN de 16-05-2012, estableció unas recomendaciones sobre “Estudios de Identificación Genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos”.

⁴¹⁴ STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, «la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio».

conservar indefinidamente tanto las muestras celulares como los perfiles de ADN de personas no condenadas.

Siendo la solución más acorde con nuestro derecho y el de la UE la aportada por algunos juristas⁴¹⁵ que concluyen afirmando que la destrucción de perfiles de ADN, debería efectuarse una vez el supuesto delito quedase resuelto mediante sentencia firme y hubiese transcurrido el plazo establecido en la ley para su desaparición, en concordancia con lo previsto en el art. 9.1 de la LO 7/2010⁴¹⁶.

Aunque los afectados pueden solicitar la destrucción de los perfiles de ADN inscritos en las bases de datos policiales, la mejor protección de sus derechos está en que no lleguen ni siquiera a registrarse este tipo de datos en sede policial una vez efectuada la identificación policial que se pretendía, por lo que una vez destruidos los perfiles se daría por finalizado su control mediante la cadena de custodia en esta fase de tratamiento del dato de ADN.

Finalizamos este apartado de tratamiento de las bases de datos policiales de ADN, afirmando que con la destrucción o cancelación de los datos de ADN también se daría por concluida la cadena de custodia de estos datos por razones obvias de desaparición de los mismos.

⁴¹⁵ LLEDÓ YAGÜE, F. "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas", pag. 33, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV, Bilbao 1994, y ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 34/2011, pág. 97.

⁴¹⁶ Artículo 9.1 de la LO 7/2010 "La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará: 1. El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito. 2. 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 contrario. 3. 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 caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito. 4. En los supuestos 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.

CAPÍTULO VI

LA CADENA DE CUSTODIA EN LA FASE DE REMISIÓN, DEPÓSITO Y DESTRUCCIÓN DE PRUEBAS DE ADN

Como expusimos en el Capítulo II sobre el concepto y características de la cadena de custodia de la prueba de ADN, este procedimiento de control de las muestras de ADN debe garantizarse hasta la remisión al juzgado, incluyendo el destino final, que sería la conservación o depósito y destrucción de las pruebas de ADN, lo que denominaremos como última fase de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, como así lo ha entendido parte de la doctrina, manuales de Policía Judicial e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Es característica general en nuestro derecho la inexistencia o escasa regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, lo cual se ve acrecentada en esta fase de remisión al juzgado, depósito y destrucción, por lo que resulta necesario motivar una propuesta de regulación normativa sobre cadena de custodia.

I. ÚLTIMA FASE DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS DE ADN

Una vez expuestos la problemática y posibles soluciones de la cadena de custodia de las pruebas en la fase del tratamiento de los datos de ADN, a ésta le seguirá la última fase del íter garantizador de estas pruebas o fase de Remisión, Depósito y Destrucción de las mismas, la cual debe una vez más garantizarse mediante criterios de licitud y fiabilidad para conseguir la eficacia probatoria pretendida.

Para descubrir la verdad material de un hecho criminal, es preciso aportar las pruebas al juzgador, siendo valoradas bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción de las partes, garantizándose siempre la mismidad de la prueba en la forma reseñada en las distintas fases de la cadena de custodia.

Como ya hemos adelantado en los capítulos anteriores sobre la cadena de custodia, lo primero que se debe realizar para garantizar las muestras, es encontrarlas, recogerlas y sucesivamente conservarlas, transportarlas, analizarlas,

extraer los perfiles y datos del ADN y remitir los resultados mediante informe al órgano judicial competente, justificando el destino final de las mismas, siendo esta última fase la que clausura el procedimiento garantizador de la cadena de custodia de las pruebas de ADN o gestión garantizada de las muestras de ADN.

Algunos autores de la Policía Científica española⁴¹⁷, la denominan fase de Disposición Final de Vestigios, siguiendo sus propias disposiciones o “Normas de Procedimiento y Actuación de la Comisaría General de Policía Científica”, en donde infieren que terminados los análisis de todos los vestigios analizados, así como las muestras o submuestras obtenidas, debe especificarse la situación final, dejando constancia de forma documental, en informes o documentos de entrega o disposición, estado en que queda el vestigio y submuestras obtenidas del mismo, así como remisión a un depósito judicial o policial, que debe quedar identificado, manteniendo las condiciones de conservación adecuadas y de no contaminación, así como vestigios agotados y entregados a su propietario.

Para llegar al fin que pretendemos en esta fase final de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, la hemos dividido en tres partes esenciales, como son: remisión a la autoridad judicial, depósito y destrucción de vestigios, muestras biológicas, datos y perfiles de ADN.

Dicho lo anterior debemos tener en cuenta, que para las muestras y datos de ADN, lo que se enviará a la autoridad judicial no serán las muestras biológicas de ADN, las cuales han sido previamente garantizadas en los distintas fases de la cadena de custodia hasta los laboratorios legalmente acreditados, sino los informes resultantes emitidos por los peritos de estos laboratorios una vez analizado su perfil y logrado un match o probabilidad de que los perfiles genéticos coincidan, todo ello sin perjuicio de poder remitir también al Tribunal los objetos o piezas de convicción en los que se hallaron las muestras biológicas analizadas, como podrían ser prendas o efectos personales de víctimas y autores,

⁴¹⁷ DEL AMO RODRÍGUEZ, A., BARROSO VILLARREAL, G. y FERNANDEZ GARCÍA, A. I., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses en España”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el Proceso Penal”, Edisofer SL, Madrid 2015, págs. 151 y 152.

u otros objetos hallados en el lugar de los hechos investigados, como armas, instrumentos, efectos, vestigios, etc.

Como hemos expresado en capítulos anteriores, en España no existe una norma sobre la cadena de custodia, por lo que para controlar la *remisión de pruebas* a la autoridad judicial, debemos acudir primeramente a la regulación procesal criminal, en donde la LECRIM prevé de forma genérica para todas las pruebas que requieran ser analizadas en un laboratorio, que la *remisión* al juzgado se realice por la Policía Judicial (artículos 282.1º, 770.3ª, 796.1.6ª), e incluso por Peritos y Médicos Forenses, debiendo remitir muestras, informes y análisis al Juez (artículos 778.3, 796.1.6ª, 7ª y 8ª LECRIM).

En estos cometidos de remisión de muestras a la autoridad judicial se deben adoptar todas las medidas necesarias para que la conservación y custodia se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad, de conformidad con los artículos 326, 338, 770.3ª de la LECRIM a los que nos remitimos en capítulos anteriores.

Como acabamos de expresar, en esta fase final de la cadena de custodia, además de Remisión de las pruebas al juzgador, debemos incluir también otras acciones como son el Depósito y Destrucción de las pruebas por orden del Juez, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y que abordaremos en los siguientes apartados de este capítulo, intentado esbozar una propuesta de regulación sobre la cadena de custodia que incluya esta fase de las pruebas de ADN.

II. REMISIÓN AL JUZGADO DE LAS PRUEBAS DE ADN

Como ya se ha expuesto en anteriores capítulos de esta tesis, nuestra LECRIM es bastante escueta a la hora de regular la forma en que deben remitirse al Juzgado los efectos, instrumentos, pruebas del delito, vestigios, muestras, análisis de sustancias e informes periciales resultantes, limitándose a prescribir

que se enviarán al Juzgado por componentes de la Policía Judicial, Peritos, Médicos Forenses o laboratorios correspondientes (arts. 282.1, 770.3ª y 796.1.6ª LECRIM).

Primeramente debemos matizar que las operaciones de remisión de pruebas de ADN al juzgador y de conformidad con la ley, se realizarán de forma distinta según se trate de piezas de convicción que portan muestras biológicas de ADN y de resultados de los análisis de ADN de estas muestras biológicas, como son los perfiles, datos e informes resultantes.

La LECRIM recoge como única precaución sobre remisión de informes, que los resultados de los análisis de sustancias aprehendidas, se realicen por el medio más rápido (art. 796.1.6ª), en el plazo que señale el Juez (art. 778.3), y debiendo garantizarse las muestras objeto de análisis y resto de pruebas su autenticidad, integridad y cadena de custodia (arts. 326. 3º, 338, 770.3ª, 796.1.7ª.2º).

Estas carencias o insuficiencias legislativas, nos llevan a suplir o completar el adecuado tratamiento de remisión de pruebas al juzgado tras analizar el ADN, por protocolos de actuación no normativos que ayuden a sugerir una propuesta de regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN en su fase de remisión de muestras al juzgado.

Estos protocolos no normativos, deben garantizar la autenticidad de las muestras de ADN desde el laboratorio hasta que se pongan a disposición de la autoridad judicial mediante los preceptivos informes periciales, sin perjuicio de observar la regulación general que sobre el informe pericial expresa la LECRIM⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Capítulo VII, del Título V del Libro II LECRIM, Del Informe pericial, en la fase de instrucción del sumario, (arts. 456 a 485), así como de la fase de juicio oral (arts. 661 a 663 y 723 a 725) y de actividades periciales sobre el Cuerpo del delito (arts 334 a 367).

Tampoco la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, prescribe la forma en que estos datos deben de remitirse para inscripción en la base de datos policial o cedidos a la autoridad judicial para investigación de delitos, limitándose esta norma a señalar que la remisión de datos para inscribirse en las bases de datos de ADN policiales se efectuarán por la Policía Judicial, adaptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia (art. 6 y 7), siendo de aplicación directa para estos cometidos la LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal (Preámbulo II in fine, art. 9.3 y Disposición Adicional Segunda de la LO 10/2007).

De este modo recurrimos a procedimientos específicos de la Policía, concretamente a la Guía de Procedimiento Técnico de la Guardia Civil y Criterios Generales sobre identificadores del ADN de este mismo Cuerpo⁴¹⁹, donde en su apartado 4.5 prevé que los especialistas del Departamento de Biología adjudicatarios de la gestión de las bases de datos de ADN, elaborarán y emitirán sus informes periciales⁴²⁰, los cuales están sujetos a un sistema de calidad gestionado por una aplicación informática denominada Gestión Integral del Laboratorio (Sistema LIMS)⁴²¹, lo cual dará cierta fiabilidad al control de

⁴¹⁹ Criterios Generales de toma y gestión de muestras biológicas para la obtención de los identificadores del ADN, del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, revisado el 27 de marzo de 2012.

⁴²⁰ FIGUEROA NAVARRO, C., “La cadena de custodia en el proceso penal”, pág. 161, Edisofer SL, Madrid 2015. El Procedimiento General (PG-07) del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, sobre Gestión de Vestigios y Muestras, distingue dos tipos de informes de ADN; un Informe Pericial Completo “Casuística Fénix”, para casos en los que se remitieron muestras dubitadas e indubitadas de una misma referencia y autoridad judicial, y de “Reseña Genética” para casos en los que sólo se remitan indicios indubitados.

⁴²¹ Según la Memoria del INTCF de 2014, los LIMS (Laboratory Information Management System, aplicación informática para la gestión de la información en el laboratorio) son utilizados por las cinco instituciones implicadas en este proyecto (Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses [INTCF], Comisaría General de Policía Científica [CGPC], Servicio de Criminalística de la Guardia Civil [DGGC], Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza [ERTZ] y Dirección General de la Policía de la Generalitat de Cataluña, Mossos d’Esquadra [DGP-MME]) utilizando una red de alta seguridad de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

datos de ADN mediante la cadena de custodia hasta su total desaparición o destrucción.

Este procedimiento consistirá en comprobar las posibles coincidencias “match”, identificándolas con un número único que es comunicado junto con los datos policiales asociados, a los especialistas adjudicatarios del informe pericial, los cuales realizarán los ensayos de todos los indicios indubitados, y una vez efectuadas las consultas en la base de datos de ADN emitirán el correspondiente informe.

El informe de ADN será enviado primeramente por correo postal en soporte papel a la unidad de Policía Judicial de la Guardia Civil solicitante, quienes una vez grabado el hecho en un aplicativo informático del servicio en el que consignarán en el apartado reseña genética únicamente la frase “obtenido perfil de ADN”, o motivo por el que no se ha obtenido el mismo “falta de muestra, mal estado de conservación, problemas técnicos durante el análisis, solicitud judicial de eliminación de indicios por sobreseimiento del caso, etc.”, lo remitirán a su vez al Juzgado de referencia.

Al objeto de dar fiabilidad en el traslado del informe pericial desde el laboratorio hasta la unidad solicitante y posterior entrega a la Autoridad Judicial de referencia, garantizándose la cadena de custodia en la forma descritas en los capítulos anteriores relativos a la recogida y transporte de las muestras de ADN, el informe debe ser acompañado en todo momento por la hoja de cadena de custodia.

Debemos tener en cuenta que lo que el Juez espera recibir mediante informe pericial de los perfiles genéticos analizados, es conocer la probabilidad de que el vestigio analizado provenga del individuo con el que se estableció la comparación como supuesto autor de los hechos y que el informe no ha sido modificado, cambiado o adulterado y por ende garantizada así, eficazmente su custodia, independientemente de que el perito se ratifique el día de la vista

explicando adecuadamente el valor probabilístico-matemático de esa coincidencia a través del teorema de Bayes empleado en criminalística⁴²², y siempre que esta prueba no haya sido rechazada por el Tribunal de conformidad con el art. 659 de la LECRIM⁴²³.

Sobre esta prueba pericial el TS se ha pronunciado en numerosas sentencias, sobre la obligación de practicar “la prueba pericial consistente en la comparecencia en juicio oral de los técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología sobre métodos científicos de investigación de la paternidad y de la huella genética”⁴²⁴, lo que determina el deber procesal de practicar esta prueba pericial de informe en el juicio oral siempre.

La CNUFADN⁴²⁵ aprobó con fecha 27 de octubre de 2015, unas Recomendaciones sobre el informe pericial en materia de análisis genético donde establece unas normas mínimas de cómo deben confeccionarse los informes y datos que deben incluirse antes de remitirlos a la autoridad judicial, pero no establece ningún precepto sobre el modo de realizarse la entrega.

Por ello, debemos tener en cuenta, además de las precauciones observadas en el manual de Policía Judicial sobre remisión de informes, que éstos se acompañen con los formularios de remisión de paquetería (Anexo II) y de muestras (Anexo I) cumplimentados con todos los requisitos previstos en el art. 3 de la Orden JUS/1291/2010, de remisión de muestras al INTCF, los cuales fueron

⁴²² ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., “Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal”, Ed. Comares, Granada 2000, pág. 354, donde expresa que “Una correcta valoración de las probabilidades de la prueba de ADN se hace preciso acudir al teorema Bayes, que es el empleado en los cálculos estadísticos de paternidad así como en criminalística”.

⁴²³ Art. 659 LECRIM “Devuelta la causa por el Ponente, el Tribunal examinará las pruebas propuestas, e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás”.

⁴²⁴ STS de 13 de julio de 1992 (RJA 6394) resolvió un recurso de amparo por quebrantamiento de forma (art. 850.1 LECRIM) y STS de 24 de febrero de 1995 (RJA 1419).

⁴²⁵ Recomendaciones sobre informe pericial y la expresión de resultados en materia de análisis genéticos forenses, aprobado por el Pleno de la CNUFADN el 27 de octubre de 2015.

abordados de forma específica en el Capítulo III de esta tesis, sobre la cadena de custodia en la fase de obtención de las muestras de ADN.

III. DEPÓSITO DE LAS PRUEBAS DE ADN EN LA CADENA DE CUSTODIA

El Depósito de las pruebas también debe incluirse en la última fase de la cadena de custodia, pero debe ser objeto de estudio por separado al constituir una acción distinta pero relacionada con la remisión de las pruebas al órgano judicial, toda vez que el depósito será ordenado por éste de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico⁴²⁶.

Las mismas prevenciones expresadas anteriormente para la remisión de pruebas de ADN, debemos mantenerlas en las operaciones de depósito de las pruebas de ADN ordenadas por el juzgador y en conformidad con la ley, según se trate de piezas de convicción que portan muestras biológicas de ADN y perfiles o datos de ADN obtenidos de estas muestras.

A este respecto la LECRIM establece de forma genérica dentro del capítulo del cuerpo del delito del procedimiento sumario, que los instrumentos, armas y efectos se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito (art. 338), y además siguiendo los preceptos de nuestra ley procesal civil “El depositario judicial estará obligado a conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del Tribunal” (art. 627.1 LECi).

⁴²⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (art. 338), Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 (art. 459), Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre de creación y regulación de los depósitos judiciales y la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1983 sobre depósitos judiciales para la conservación y de piezas de convicción.

En el proceso penal los Letrados de Justicia⁴²⁷ serán los responsables de todas las pruebas depositadas en los Juzgados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, que prevé que los Secretarios Judiciales serán responsables del depósito de los objetos afectos a los expedientes judiciales, así como de las piezas de convicción de las causas penales (art. 459), y que sobre las pruebas de ADN estaría limitada exclusivamente a las piezas de convicción, tales como prendas de vestir, armas y objetos que hubiesen albergado muestras biológicas susceptibles de análisis de ADN, pues las muestras orgánicas no consumidas en las operaciones de análisis, así como perfiles y datos de ADN obrantes en bases de datos se conservarán en los propios laboratorios acreditados de conformidad con la escasa regulación actualmente existente en nuestro país y que abordaremos a continuación.

Como ya expusimos, el art. 338 LECRIM prevé que debe garantizarse la integridad del cuerpo del delito, acordando el Juez su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito, sin embargo debemos preguntarnos si debe considerarse el término conservación y custodia equivalente al depósito de las pruebas, a lo que habría que responder que sí, toda vez que el fin del depósito es conservar y custodiar las piezas de convicción garantizándolas mediante la cadena de custodia, siéndole de aplicación lo prevenido para conservación y custodia de vestigios o pruebas materiales que hubiera peligro de desaparición, poniéndolas a disposición de la autoridad judicial por la Policía Judicial (arts. 326 y 770.3ª LECRIM), quedando implícita la consideración de depositario temporal a la Policía Judicial previo a la entrega judicial, sin matizar la LECRIM la forma en que deben de realizar esta custodia y conservación de las pruebas.

Continuando con el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, de creación y regulación de los depósitos judiciales, tampoco podemos extraer la forma en la que deben de garantizarse la cadena de custodia y conservarse las pruebas

⁴²⁷ LO 7/2015, de 21 de julio, modificó la LO 6/1985 LOPJ, sustituye la denominación de Secretarios Judiciales por Letrados de la Administración de Justicia (D. A. 1ª).

depositadas, y menos aún las pruebas de ADN. Sin embargo la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1983, sobre depósitos judiciales para la conservación de piezas de convicción, sí aporta unos enunciados con carácter general que ayudarían al control de las pruebas depositadas evitando su adulteración, destrucción o pérdida, como son: recibir los objetos intervenidos y efectos de delitos, documentando debidamente las entregas, comprobando y clasificando los objetos y efectos recibidos, disponiendo su almacenaje adecuado, custodiando los mismos y velando por su conservación, informando inmediatamente de cualquier anomalía que apreciase, reintegrando previa constancia documental los objetos y efectos cuando fueren reclamados por los Juzgados depositantes, registrando las operaciones.

Estas operaciones se garantizarán también mediante su anotación en un libro de registro de cada efecto depositado, emitiéndose un resguardo en tres cuerpos, la matriz se quedará en el depósito, otro separable para el depositante y el tercero se unirá al objeto de que se trate, sirviendo para su retirada temporal y definitiva, anotándose su salida del depósito, estas medidas deben ser de aplicación no solamente a los decanatos de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Bilbao, Sevilla, Valencia y Zaragoza, sino también a los depósitos existentes en cualquier juzgado de primera instancia e instrucción del territorio nacional de conformidad con el artículo 13 de esta Orden de 14 de julio de 1983 del Ministerio de Justicia.

Visto el régimen general sobre depósito de piezas de convicción, como prendas de vestir, armas y objetos que hubiesen albergado muestras biológicas susceptibles de análisis de ADN, debemos abordar el necesario régimen jurídico aplicable al depósito o conservación de muestras orgánicas no consumidas en las operaciones de análisis, junto con los perfiles y datos de ADN obrantes en bases de datos, donde la legislación aplicable es la LO 10/2007⁴²⁸, la cual no expresa la

⁴²⁸ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.

forma en la que estos datos deben conservarse, si bien, previene que la Policía Judicial, adoptará todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia (art. 6).

Algo más específico sobre depósito de restos cadavéricos se expresa el RD 32/2009, sobre la identificación de cadáveres y depósito de víctimas o partes de éstas para extracción del ADN, el cual prevé unas zonas de conservación y custodia de cadáveres y restos humanos (art. 12 y 21), así como que todos los datos serán enviados, una vez concluida la autopsia, al Centro de Integración de Datos (art. 18.3 y 37), quedando los restos humanos almacenados en bolsas debidamente numeradas en un lugar preparado para ello en el depósito, en arcones, frigoríficos o congeladores (art. 21.3), sin precisar tiempo en que permanecerán en este lugar para un posible contraanálisis de conformidad con el art. 367 ter de la LECRIM (serán destruidos los efectos judiciales dejando muestras suficientes).

Ante esta carencia legislativa sobre procedimientos de depósito, conservación y control mediante la cadena de custodia de muestras y datos de ADN, a continuación vamos a exponer unas recomendaciones que informen al legislador sobre la necesidad de su normalización, apoyándonos en los procedimientos internos no normativos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

A este respecto la Comisaría General de Policía Científica del CNP prevé, que los vestigios permanecerán en el almacén o depósito, junto con los informes periciales resultantes y documentos de entrega⁴²⁹, del mismo modo el Procedimiento General (PG-07) del Servicio de Criminalística de la GC⁴³⁰, prevé

⁴²⁹ DEL AMO RODRÍGEZ, A., BARROSO VILLAREAL, Y FERNÁNDEZ GARCÍA, ANA ISABEL, “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses de España. Comisaría General de Policía Científica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 153.

⁴³⁰ MARTÍNEZ GACÍA, J, EXPÓSITO MARQUEZ, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses de España. Servicio de

que una vez finalizados los análisis para preservar los vestigios/muestras (ADN), se conservarán adecuadamente en el laboratorio, su estado y lugar de depósito se hará constar en la aplicación LIMS⁴³¹, con las máximas garantías de seguridad y preservación, de forma que la cadena de custodia quede asegurada⁴³².

El INTCF prevé que algunos servicios, en los que por su naturaleza o particularidades de los casos, se lleve a cabo una custodia de los vestigios/muestras y piezas judiciales tras los análisis, realizando dichas tareas el propio personal del servicio con dedicación exclusiva y con el fin de lograr la eficacia necesaria, gestionando la cadena de custodia a través de formularios digitales con la ayuda de LIMS desde su recepción en el INTCF hasta su destrucción, devolución o custodia indefinida, quedando registradas en el sistema informático, con todos los datos pertinentes, referencias, fechas, hora, incidencias, identificación de las personas que participan en dichas acciones, mediante la asignación de permisos y contraseñas específicas para acceder al registro de datos. Actualmente, la gestión a través de LIMS sigue compaginándose con la gestión a través de documentos físicos⁴³³.

IV. DESTRUCCIÓN DE LAS PRUEBAS DE ADN EN LA CADENA DE CUSTODIA

No podríamos finalizar la cadena de custodia de las pruebas de ADN, sin conocer el destino final que se les dio a las mismas, debiendo acreditarse si

Criminalística de la Guardia Civil”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, págs. 157 a 161.

⁴³¹ LIMS es una aplicación informática de gestión integral del laboratorio (Laboratory Information Management System), de la compañía Labware, utilizada por la Guardia Civil y por el INTCF del Ministerio de Justicia.

⁴³² MARTÍNEZ GACÍA, J, EXPÓSITO MARQUEZ, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses de España. Servicio de Criminalística de la Guardia Civil”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, pág. 161.

⁴³³ FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, págs.166 y 167.

fueron destruidas o por el contrario permanecen conservadas a disposición de la justicia y de conformidad con la ley.

También en la destrucción de las pruebas de ADN hay que diferenciar la destrucción de las piezas de convicción que portaban muestras biológicas de ADN, de las propias muestras biológicas, perfiles y datos resultantes del análisis de éstas.

Aunque la destrucción de las pruebas como acción de deshacer, inutilizar o reducir a pedazos una cosa material⁴³⁴ y bienes o efectos judiciales⁴³⁵, no constituye por sí misma una acción a controlar mediante la cadena de custodia, sin embargo entendemos que debe formar parte de esta última fase de la cadena de custodia de las pruebas, por cuanto las muestras, evidencias y datos de ADN, previamente y hasta la entrega mediante informes a la autoridad judicial, están sometidos a control mediante este procedimiento, siendo la autoridad judicial o por disposición de la ley, la que ordenará el destino final de las mismas, debiendo quedar acreditado su destino final, ya sean destruidos, cancelados o por el contrario sean convenientemente conservados. Así lo han entendido algunos especialistas del INTCF⁴³⁶ al afirmar que la cadena de custodia también incluye los formularios normalizados de entrega de los vestigios/muestras una vez finalizados los análisis y emitidos los informes, siendo responsable de su custodia el servicio de custodia de piezas judiciales hasta que se tramita la devolución de los vestigios/muestras o se procede a su destrucción.

Antes de proponer un cambio legislativo sobre la cadena de custodia en el que se incluya el estadio final o destrucción de las pruebas de ADN, debemos

⁴³⁴ DESTRUIR según la RAE; 1. Reducir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionarle un grave daño.

⁴³⁵ El art. 367 bis LECRIM expresa que “tendrán consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal”.

⁴³⁶ FERÁNDIZ DE SIÓN LORO, L. y JUANAS MARTÍN, M. T., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses”, FIGUEROA NAVARO, C., y otros “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, págs. 166 a 167.

partir de los enunciados que sobre la destrucción expresa nuestra ley procesal penal.

De este modo la LECRIM con carácter general, expresa que los efectos judiciales serán destruidos, dejando muestras suficientes, cuando resulte necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y propietario si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende (art. 367 ter).

Con carácter más específica la LECRIM sólo regula la destrucción de archivos por interceptación de comunicaciones telefónicas, telemáticas y dispositivos informáticos⁴³⁷ existentes en la causa de una investigación judicial, pero no expresa como debe realizarse la destrucción de las pruebas de ADN, ya sean evidencias, muestras biológicas, perfiles o datos existentes en las bases de datos de ADN.

Por lo que nuestra LECRIM debería incluir la destrucción de las pruebas como mínimo a como lo recogía el CPP de 2011, el cual da unas reglas generales sobre destrucción de efectos intervenidos, ya fuesen de lícito o ilícito comercio, recogiendo que “la destrucción de los efectos intervenidos se realizará de acuerdo con los protocolos establecidos reglamentariamente” (art. 361.6), facultando al Gobierno para su reglamentación. Además preveía con carácter singular la destrucción de grabaciones, documentaciones, sonido, imagen y muestras de ADN (arts. 289, 301, 313, 324 y 266 CPP 2011).

⁴³⁷ Art. 588. bis. k) de la LECRIM, 2. “Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal” y 3. “Los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados”. (El art. 588 bis fue introducido por LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM).

Además respecto a la destrucción de muestras de ADN, el CPP de 2011 preveía específicamente que; “una vez extraídos e inscritos en la base de datos policial los datos identificativos del investigado, se dispondrá la destrucción de las muestras”, así como que “las muestras halladas en el lugar del delito, en el cuerpo o en las ropas de la víctima se conservarán con las debidas garantías de seguridad hasta que su destrucción sea acordada por la autoridad judicial” (art. 266.4 y 5 CPP 2011), e incluso recogía supuestos en los que no se destruirían hasta sentencia firme o prescripción del delito (art. 266.5)⁴³⁸. Y respecto a los datos identificativos extraídos a partir del ADN prescribía que se inscribirán en la base de datos policial conforme a su ley reguladora y se mantendrían en ella hasta que de acuerdo con lo establecido en la misma procediera su cancelación (art. 266.3 CPP 2011).

También debemos destacar el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2013 (CPP 2013), el cual no sólo no reguló la cadena de custodia de las pruebas, sino que su regulación en materia de destrucción de muestras y perfiles de ADN es más escueta que el CPP de 2011, si bien con carácter general preveía la destrucción anticipada de efectos ocupados, dejando muestras suficientes de los mismos en custodia⁴³⁹, realizándose la destrucción de acuerdo con los protocolos establecidos reglamentariamente (art. 226.1 y 6 CPP 2013). Reconociendo también la destrucción de grabaciones, conversaciones, sonido e imágenes producto de investigaciones judiciales (arts. 308, 328 y 333 CPP 2013).

Específicamente para las investigaciones de ADN, el CCP de 2013 no regula la destrucción de muestras ni de perfiles de ADN, como sí lo preveía el CPP 2011, recogiendo sólo la cancelación de datos de ADN, la cual se realizaría de conformidad con la ley reguladora de base de datos policial de identificadores

⁴³⁸ Art. 266.5 in fine del CPP de 2011, “Si el procedimiento se siguiese contra una persona determinada, no se acordará la destrucción de estas muestras hasta que el proceso haya concluido por sentencia firme y, si la sentencia fuere condenatoria, hasta que haya sido ejecutada o la pena o el delito hayan prescrito”.

⁴³⁹ Art. 226.1 CPP 2013, prevé que “El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia del Director de la Oficina de Recuperación de Activos o de otro depositario, podrá solicitar del Tribunal que autorice la destrucción de los efectos ocupados, dejando muestras suficientes de los mismos, por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia o por otra causa justificada.

de ADN a la que se remitía (art. 290.2 CPP 2013), en similar modo lo hacía el CPP de 2011 (art. 266.3).

Vista la LECRIM la cual no expresa como debe realizarse la destrucción de las pruebas de ADN, así como los anteproyectos de ley procesal penal de 2011 y 2013, solo nos queda remitirnos como así lo prevén todas las leyes procesales vistas, a la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

La LO 10/2007 no prevé la destrucción de muestras biológicas de las que se extraerán los perfiles y datos de ADN, pero sí prevé el tiempo en que deben conservarse⁴⁴⁰, así como la cancelación⁴⁴¹ o anulación de estos datos existentes en la base de datos policial, con la limitación de no cancelarse mientras sean necesarios para finalizar una investigación criminal, identificación de cadáveres o averiguación de desaparecidos (art. 9.2 en relación con el art. 3.1 de LO 10/2007).

El ejercicio del derecho de cancelación previsto en la LO 10/2007 se efectuará en los términos prevenidos por la LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal (art. 9.3), disponiendo esta última ley en su art. 16.3 que “la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”, lo que debería conllevar a la desaparición automática de los datos

⁴⁴⁰ Art. 9.1 LO 10/2007, La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará: 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 contrario. 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 caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito. En los supuestos 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.

⁴⁴¹ CANCELACIÓN, según la RAE de la legua en su 2ª acepción es el “Asiento en los libros de los registros públicos, que anula total o parcialmente los efectos de una inscripción o de una anotación preventiva”.

existentes en la base de datos policiales de ADN. Sin embargo tal y como expresamos en el apartado 3.B del título II del Capítulo V de esta tesis, la cancelación no se realizará de oficio sino a instancia del interesado al ejercer su derecho de acceso, rectificación y cancelación de conformidad con el art. 9.3 de la LO 10/2007, pudiendo así permanecer en las bases de datos indefinidamente.

Como hemos expuesto al principio de este apartado, para la destrucción de las muestras biológicas de ADN, así como las evidencias y objetos que las portaban (armas, ropas, calzado, objetos, etc.), les serían aplicables las reglas generales del art. 367 ter LECRIM, que prevé la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia.

Del anterior precepto se deduce que deberán dejarse en los laboratorios muestras de ADN suficientes, al objeto de contraanálisis. Sin embargo la LECRIM no establece unas pautas para garantizar la cadena de custodia de las muestras de ADN no destruidas, por lo que la posible regulación en esta materia debería tener en cuenta que la destrucción total sólo debería producirse una vez hubiese prescrito el delito y no simplemente cuando la sentencia fuese firme, de este modo el cuerpo del delito y las piezas de convicción se conservarían, como norma general, durante el período de prescripción del delito a fin de poder ser utilizados en una eventual revisión de la sentencia.

En relación a la anterior recomendación, en los últimos tiempos estamos observando decisiones insólitas adoptadas por Jueces de Instrucción resolviendo la destrucción de evidencias en sentencias dictadas en primera instancia o incluso en estados tempranos de la investigación criminal, como en el caso de la niña de origen chino “Asunta” fallecida el 21 de septiembre de 2013 en La Coruña, donde el Juez de instrucción autorizó la cremación del cadáver el día 23 del

mismo mes, a pesar que desde el momento inicial parecía claro que se trataba de una muerte no accidental en la que parecen estar implicadas diversas personas⁴⁴².

En ese caso, por mucho que se reserven muestras del cadáver, resulta absolutamente improcedente que el Juez decida la destrucción del cuerpo del delito, en tanto que siempre puede darse lugar a nuevos exámenes que ya en este momento son imposibles, y máxime cuando se había imputado a los padres de la víctima solicitantes de la incineración del cadáver.

Otro supuesto de destrucción de evidencias por decisión judicial lo constituye el caso “Puerto” donde el Juez⁴⁴³ acordó el comiso y posterior destrucción, de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes, aprehendidas en las entradas y registros realizados en varios domicilios, sin que haya lugar a la entrega de muestras solicitada por parte de las representaciones de la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), Asociación Mundial Antidopaje (AMA), Unión Ciclista Internacional (UCI) y Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), que las imposibilita para utilizarlas como prueba en el proceso penal y en otras investigaciones o procedimientos administrativos que se rigen por sus propias normas. Si bien hay que destacar que finalmente en recurso de apelación la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁴⁴ falló absolviendo algunos de los procesados y estableciendo la entrega de las bolsas de sangre comisadas a sus propietarios intervinientes sin ejecutarse la destrucción, bajo el criterio de no ser la sangre empleada en las re-infusiones un medicamento.

También resultó llamativo el supuesto de destrucción de las evidencias de los atentados en los trenes de Madrid del 11 de marzo de 2004. En este caso, los restos de los trenes comenzaron a ser desguazados por órdenes de la Policía el 15 de marzo de 2004, bajo el argumento de que, en realidad, no eran pruebas, sino una chatarra que constituyó en su día la escena del crimen.

⁴⁴² SAP de La Coruña, Tribunal del Jurado de 11 de noviembre de 2015.

⁴⁴³ SAP de Madrid nº 21/2013 de 29 de abril de 2013.

⁴⁴⁴ SAP de Madrid nº 302/2016 de 10 de octubre de 2016.

El Tribunal Supremo⁴⁴⁵ se pronunció sobre esta última cuestión calificando de sorprendente y apresurada la destrucción de los vagones en los que tuvo lugar la masacre, lo que impidió; “un estudio posterior más reposado y en profundidad, e incluso su reiteración de haber sido necesario, de aspectos que pudieran haber resultado de interés para la investigación”, sin que se produjeran mayores consecuencias.

En similar modo los huesos de los niños desaparecidos en Córdoba el 11 de octubre de 2011 “podrían” haber sido destruidos por decisión de una responsable de la policía científica que, equivocadamente, había reconocido que los huesos eran de animales, y cuyos análisis posteriores permitieron dictaminar que los huesos pertenecían a dos niños de las edades de los desaparecidos⁴⁴⁶.

Todos estos sucesos ponen de manifiesto la importancia de la cadena de custodia de las evidencias hasta la destrucción de las mismas, así como la necesidad de regular convenientemente esta materia con carácter general y con la especialidad propia para las muestras y perfiles de ADN vistas. Debiendo ponerse mayor énfasis en el control de las evidencias por el Juez de Instrucción y Letrado de Justicia quienes deben velar por su custodia, estableciendo para ese fin normas, procedimientos y lugares donde deben ser custodiadas las evidencias, a fin de que puedan estar a disposición del Juez y también de todas las partes del proceso penal, garantizándose siempre la indemnidad y mismidad de las pruebas.

A este respecto y como ya hemos expuesto anteriormente, la LO 10/2007 no regula la destrucción de muestras y evidencias de ADN, si bien dispone que “corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios” (art. 5.1), debería de haber introducido en su articulado que mientras el Juez disponga su destino final, las mismas se conservarán convenientemente en los laboratorios acreditados quedando

⁴⁴⁵ STS nº 503/2008 de 17 de Julio de 2008.

⁴⁴⁶ SAP Córdoba, de 22 de julio de 2013.

garantizada en todo momento su cadena de custodia, además de indicar los motivos bajo los cuales el Juez puede tomar dicha decisión y durante cuánto tiempo pueden conservarse hasta su destrucción.

De este modo la destrucción o destino final de las muestras y vestigios orgánicos de ADN, deberían estar supeditados a la cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, conllevando la eliminación del perfil de ADN, y a su vez la destrucción de las muestras biológicas originales, teniendo siempre presente las consideraciones vertidas por el TEDH en 2008 sobre la necesidad de no conservar indefinidamente tanto las muestras celulares como los perfiles de ADN de personas no condenadas⁴⁴⁷.

Por lo que consideramos junto con algunos autores⁴⁴⁸, que la destrucción de muestras y vestigios de ADN, debería efectuarse una vez el supuesto delito quedase resuelto mediante sentencia firme y hubiese transcurrido el plazo establecido en la ley para su desaparición o bien prescripción del delito.

En similar modo la CNUFADN⁴⁴⁹ ha propuesto la modificación LECRIM para la cancelación automática de perfiles de ADN, estableciendo que sería conveniente una modificación legislativa que asegure que las decisiones judiciales que permitan la cancelación de perfiles (sentencias absolutorias, sobreseimientos libres, prescripción) sean inmediatamente comunicadas a las autoridades encargadas de las bases de datos de perfiles genéticos. A tal efecto,

⁴⁴⁷ STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, «la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio».

⁴⁴⁸ LLEDÓ YAGÜE, F. "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas". 33, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV, Bilbao 1994.
ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. "El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 34/2011, pág. 97.

⁴⁴⁹ Balance de Actividad de la CNUFADN 2012-2016, Grupo Jurídico y Bioético. Ministerio de Justicia, Madrid 14 de julio de 2016. El Pleno de la CNUFADN remitió la propuesta normativa a la Comisión Institucional para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesando poder informar una vez se elaborara un texto articulado y, en todo caso, que la CNUFADN pudiera informar con carácter previo en la tramitación de cualquier proyecto normativo que afecte a las materias relativas al uso forense del ADN.

debería incluirse en la LECRIM un precepto que estableciera la obligación de comunicar, a través de los Abogados de Justicia aquellas resoluciones que permitan la cancelación de perfiles.

Para concluir sobre la forma de controlar el destino final de las muestras de ADN mediante la cadena de custodia, debemos citar algunos procedimientos internos reconocidos por la CNUFADN en su memoria anual de actividades 2014⁴⁵⁰, como el diseñado por el INTCF denominado PNT-UGC-005 “Normas para la determinación del periodo de custodia de muestras una vez finalizado el análisis”, o el procedimiento general PG-07 seguido por el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil⁴⁵¹, que prevé que una vez finalizados los análisis para preservar los vestigios/muestras (ADN), se conservarán adecuadamente en el laboratorio, se devolverán a la Autoridad o Unidad peticionaria, o serán destruidas, quedando constancia en el acta de destrucción, que será remitida a la Unidad peticionaria y se conservará en el expediente.

No podemos finalizar sin antes señalar que la CNUFADN en su memoria de 2014 firmada el 28 de septiembre de 2015, se propuso abordar la elaboración de un documento con el fin de desarrollar un estándar común para la determinación de los periodos de custodia en las distintas instituciones públicas, lo cual nos aportaría alguna sugerencia sobre el tratamiento final de las pruebas de ADN controladas por la cadena de custodia, sin que hasta la fecha este documento haya salido a la luz pública.

⁴⁵⁰ Memoria 2014 de la CNUFADN de 28-09-15, la cual reconoce en su Apartado 3.6 sobre Discusión de procedimientos de custodia de muestras tras los análisis periciales de ADN, que se han recopilado los documentos o procedimientos de gestión y cadena de custodia y post-custodia instaurados en las distintas instituciones, como el (laboratorios de Policía Científica, de Criminalística y del INTCF). Constatando que en todas estas Instituciones existen procedimientos para la devolución o entrega de los objetos y utensilios sobre los que se asientan los indicios biológicos (ropas, armas,...) a las unidades judiciales o policiales solicitantes de los análisis.

⁴⁵¹ MARTÍNEZ GACÍA, J, EXPÓSITO MARQUEZ, N. y RODRÍAGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de criminalística y ciencias forenses de España. Servicio de Criminalística de la Guardia Civil”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015, págs. 157 a 161.

CAPÍTULO VII

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN

Una vez analizada la cadena de custodia de las pruebas de ADN en las distintas fases que conforman la misma, desde la obtención de las muestras hasta el depósito o destrucción incluida la cancelación de los datos de ADN obtenidos, es necesario finalizar este trabajo en beneficio de una futura regulación sobre la cadena de custodia, en la que se tengan en consideración el adecuado tratamiento procesal, observando las irregularidades y ruptura de la cadena de custodia, pasando por las soluciones jurisprudenciales y doctrinales al respecto, así como estableciendo requisitos esenciales para que la impugnación de la cadena de custodia prospere adecuadamente, terminando con unas conclusiones finales.

I. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS DE ADN Y DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

En los capítulos anteriores hemos analizado las fases de la cadena de custodia en las pruebas de ADN, observando las carencias legislativas existentes, plasmando el procedimiento de gestión de las muestras más adecuado y aconsejando la necesidad de legislar una regulación homogénea en esta materia, que permita como ha dicho algún autor⁴⁵² que la prueba de ADN llegue a los tribunales bajo un adecuado procedimiento que garantice la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la misma obtenida en una investigación criminal.

De este modo si en cualquier momento del procedimiento en el que debe garantizarse la misitud de la prueba pericial, ofreciera dudas de autenticidad, inalterabilidad, manipulación o indemnidad de la prueba, podrá ser impugnada por cualquiera de las partes en el proceso penal, por infracción de la cadena de custodia de las pruebas, bajo los argumentos de vulnerar derechos fundamentales y procesales como derecho a la prueba, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia reconocidos universal⁴⁵³ y constitucionalmente (art. 24.2 CE).

⁴⁵² RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, La Ley 2013.

Aunque cualquiera de estos derechos fundamentales podrían ser alegados por las partes en el proceso penal, argumentando infracciones en la cadena de custodia de las pruebas, el derecho fundamental que verdaderamente resultaría afectado, es como ha expresado la doctrina del TS⁴⁵⁴ su afectación al derecho a un proceso con todas las garantías y que algunos autores⁴⁵⁵ lo relacionan con el derecho al “debido proceso”, el cual forma parte de la cultura jurídica democrática.

Sin embargo las infracciones o incluso la quiebra de la cadena de custodia de las pruebas, no tiene un efecto directo sobre los derechos fundamentales, como así lo reconoció el TS⁴⁵⁶ al afirmar que “en primer lugar la posible irregularidad en la cadena de custodia no constituye, por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que, en todo caso, vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa, y, en segundo lugar, que las "formas" que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la sustancia analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones”.

A los argumentos de ésta última sentencia hay que adicionar que la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía de la cadena de

⁴⁵³ Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 217 A de 10 diciembre 1948 en París, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 2200 A, de 16 diciembre 1966 en Nueva York.

⁴⁵⁴ SSTC 191/2014, de 17 de noviembre, FJ 6º, 126/2012 de 18 de junio, FJ 5º y 195/2013, de 2 de diciembre, FJ 6º.

⁴⁵⁵ DOLZ LAGO, M. J., “La cadena de custodia de las muestras biológicas. La identificación genética”, Curso “La cadena de custodia”, CEJ, Madrid, 26 y 27 junio 2014.

⁴⁵⁶ MAZA MARTÍN, J.M., en STS 1349/2009 de 29 de diciembre, y STS 169/2011, de 18 de marzo, FJ 1º.

custodia no equivale a nulidad⁴⁵⁷, pues como afirma algún autor a este respecto⁴⁵⁸, los órganos judiciales resolverán atendiendo, a si la infracción de la cadena de custodia constituye una irregularidad menor o mayor, en dónde sólo ésta última tendría por consecuencia la invalidez de la prueba que no podría ser valorada al existir dudas sobre la autenticidad de la fuente de prueba.

Otros autores⁴⁵⁹ ahondan aún más en esta cuestión procesal declarando que, el que no se garantice la integridad de la cadena de custodia, no supone vulneración de derecho fundamental alguno, pues lo que supone vulneración de las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, del derecho de defensa, es el hecho de admitir y dar valor a una prueba pericial sobre un objeto sobre el que recaen dudas de legitimidad.

Además hay que tener en consideración la especialidad de las pruebas de ADN respecto de otras pruebas, a garantizar también mediante la cadena de custodia, pues las pruebas biológicas del ADN están de alguna forma reservadas al campo científico más que al jurídico, como así lo ha expresado algún autor,⁴⁶⁰ debido a su elaborada extracción y análisis del ADN, pudiendo verse afectados derechos del individuo, tales como la libertad, la intimidad y la seguridad, cuya vulneración podría provocar la invalidez de estas pruebas por infracciones de la cadena de custodia en las actuaciones más graves.

Las infracciones sobre la cadena de custodia, se deben a multitud de irregularidades que citaremos casuísticamente más adelante, sin dejar de destacar resumidamente la justificación que sobre estas infracciones procesales señala

⁴⁵⁷ STS 308/2013, de 26 de marzo.

⁴⁵⁸ RICHARD GONZÁLEZ, M., "La cadena de custodia en el proceso penal español", La Ley 2013.

⁴⁵⁹ GUTIÉRREZ SANZ, M. R., "La cadena de custodia en el proceso penal español", Civitas – Aranzadi, S.A.U., 2016, pág. 91

⁴⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Aranzadi, Thomson Reuters, 4ª ed. Navarra, 2010, pág. 1017.

algún profesor,⁴⁶¹ al considerar que estas infracciones se producen por el tratamiento de las evidencias en el proceso penal dispensado por la policía, fiscalía y jueces, el cual es en muchas ocasiones inadecuado y deficiente, debido entre otras causas a la escasa, confusa y asistemática regulación legal, donde la LECRIM para la investigación criminal atribuye al mismo tiempo competencia a los jueces de instrucción, a la fiscalía y a la policía judicial, así como no regula con precisión quien y como se recogen las evidencias, como se transportan, custodian y finalmente, quien está autorizado a analizar los objetos, cosas o rastros.

II. EFECTOS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CADENA DE CUSTODIA

Antes de abordar los principales problemas procesales en los que se ve inmersa la prueba de ADN por quebrantamiento de la cadena de custodia, dando lugar a irregularidades no invalidantes y nulidad de estas pruebas por ruptura de la misma, debemos retomar la esencia o significado de la cadena de custodia como instrumento⁴⁶² que sirve para garantizar que la muestra analizada es la misma e íntegra materia ocupada generalmente al inicio de las actuaciones, o garantía de la mismidad de la prueba⁴⁶³, o incluso garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial⁴⁶⁴, sin los cuales no podremos detectar las irregularidades sobre la cadena de custodia de las pruebas.

Este mecanismo de control de las muestras y datos de ADN obtenidos, está destinado a garantizar que las mismas no han sido contaminadas, deterioradas, suplantadas o destruidas antes de introducirlas en el plenario y por

⁴⁶¹ RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, La Ley 2013.

⁴⁶² SSTs 1349/2009, de 29 de diciembre y 530/2010, de 4 de junio.

⁴⁶³ STS 777/2013, de 7 de octubre, FJ 7º.

⁴⁶⁴ STS 795/2014, de 20 de noviembre, FJ 8º.

tanto la prueba pueda ser valorada adecuadamente en la vista judicial. Por lo que este control debe realizarse en todo momento y en todas las fases de la cadena de custodia bajo estrictos criterios de licitud y fiabilidad⁴⁶⁵, o sea, respetando los derechos fundamentales y métodos científicos o tecnológicos adecuados para la obtención de la prueba de ADN.

De este modo si la cadena de custodia no ofreciera garantías por faltar alguno de estos requisitos en la correcta gestión de la prueba pericial, provocaría que ésta no fuese verosímil, llegando a la descalificación total de la pericia⁴⁶⁶, no por ello constituiría nulidad de la prueba, pues como también ha reconocido nuestro TS, estos hechos de quebrantamiento de la cadena de custodia serán valorados por el Tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba, pues no se trata de una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad⁴⁶⁷. Teniendo en cuenta que cuando se rompe la cadena de custodia, no nos encontramos en el campo de la ilicitud de la prueba, sino en el de la menor fiabilidad⁴⁶⁸.

También la doctrina⁴⁶⁹ ha matizado que cuando se comprueban deficiencias en la secuencia de la cadena de custodia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada, así una STS⁴⁷⁰ expresa que “la rotura de la cadena de custodia puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a la

⁴⁶⁵ CABEZUDO BAJO, M. J., "El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito". Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España, La Ley, junio 2012.

⁴⁶⁶ STS 501/2005, de 18 de abril.

⁴⁶⁷ STS 506/2012, de 11 de junio.

⁴⁶⁸ STS 777/2013, de 7 de octubre.

⁴⁶⁹ CASTILLEJO MANZANARES R., "La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal", La Ley, Nº 8213, Sección Doctrina, 17 de Diciembre de 2013.

⁴⁷⁰ STS 1/2014, de 21 de enero, FJ 4º.

validez del mismo, porque lo que se cuestiona no es la nulidad de la prueba, sino su autenticidad”. En similar término se pronunció en otra sentencia⁴⁷¹ reconociendo que “sólo si las deficiencias formales despiertan serias dudas racionales, debería prescindirse de esta fuente de prueba, no por el incumplimiento de algún trámite o diligencia establecida en el protocolo de recepción de muestras y su custodia, sino por quedar cuestionada su autenticidad”.

De este modo la Sala 2ª del TS mantiene una visión restringida de las infracciones de la cadena de custodia, desestimando la mayoría de las veces las cuestiones planteadas sobre la materia, y llevándolo al terreno de la fiabilidad de la prueba, más que al de la ilicitud⁴⁷². De lo que se deduce que será el Tribunal de conformidad con lo prevenido en el art. 741 LECRIM quien valorará la fiabilidad, inalterabilidad y autenticidad de la fuente de prueba, desechándola en su caso por infracción o rotura de la cadena de custodia, por afectar a su credibilidad, pero no por ello se declarará nula o ilícita la prueba⁴⁷³. Así lo regula el Anteproyecto del CPP de 2011⁴⁷⁴ al prever que “El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba”.

Sin embargo a este respecto debemos tener en consideración que el TS⁴⁷⁵ distingue entre la simple irregularidad que puede ser subsanada y/o salvada por el razonamiento judicial y la invalidez absoluta de la prueba que se producirá cuando no exista garantía que la prueba se ha realizado sobre las muestras

⁴⁷¹ STS 129/2015, de 4 de marzo.

⁴⁷² SSTs de 4 de junio de 2010 y 629/2011, de 23 de junio de 2011.

⁴⁷³ STS 304/2012, de 24 de abril.

⁴⁷⁴ Art. 360 del CPP de 2011 “El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral. El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba”.

⁴⁷⁵ STS 347/2012, de 25 de abril.

obtenidas en la investigación criminal. A este respecto el TS⁴⁷⁶ destaca que la vulneración de la cadena de custodia tiene alcance casacional por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE, pudiendo afectar al derecho a un juicio justo con todas las garantías y por ende a la nulidad de esta prueba. De este modo las irregularidades en la cadena de custodia producen la ruptura de ésta, cuando se ha dado el valor de prueba a un elemento fáctico-material incluido en los autos, sin respetar las garantías esenciales del procedimiento, y especialmente, el derecho de defensa⁴⁷⁷.

Así que para evitar confusiones de interpretación, se debería distinguir entre irregularidad subsanable y nulidad de la prueba, según se trate de infracción leve o grave de la cadena de custodia, como así lo ha expresado algún autor⁴⁷⁸ al declarar que, “una infracción menor de la cadena de custodia supondría una irregularidad que no determinará, necesariamente el apartamiento del proceso de la prueba que podría ser valorada, mientras que una infracción mayor o grave tendría por consecuencia la invalidez de la prueba que no podrá ser valorada al existir dudas sobre su autenticidad como fuente de prueba”, declarándose por tanto prueba nula y sin efecto.

Por lo que estimamos necesario distinguir que infracciones de la cadena de custodia constituyen simples irregularidades subsanables no invalidantes, y cuales nulidad o invalidez absoluta de las pruebas y específicamente de las pruebas de ADN.

III. INFRACCIONES DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS

⁴⁷⁶ STS 308/2013, de 26 de marzo.

⁴⁷⁷ ATS 409/2013, de 7 de febrero.

⁴⁷⁸ RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, La Ley 2013.

Como hemos expresado anteriormente las infracciones de la cadena de custodia constituyen irregularidades, que deben de ser resueltas por el órgano judicial previa impugnación de las partes en el proceso penal. Las cuales debemos diferenciarlas como infracciones de la cadena de custodia ocasionadas por irregularidades no invalidantes, de las irregularidades invalidantes que sí conllevan la nulidad de las pruebas, y que son las que verdaderamente quiebran la cadena de custodia.

Sobre la nulidad de las pruebas por infracciones de la cadena de custodia hay que tener presente como bien ha expresado algún autor, que las peticiones de nulidad por ruptura de la cadena de custodia de ADN ante los tribunales apenas prosperan⁴⁷⁹, porque la mayoría constituyen irregularidades o dudas no relevantes que no cuestionan la autenticidad o fiabilidad de la prueba, debido al carácter restrictivo que las acompaña, y a la especialización de los expertos que declaran en el plenario indicando el camino correcto seguido por los vestigios biológicos.

Además y siguiendo la doctrina del TS⁴⁸⁰ la infracción de alguna de las normas sobre la cadena de custodia, no supone por sí sola ni la nulidad de la prueba, ni la vulneración de ningún derecho fundamental, pues las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, no tienen sino un carácter meramente instrumental.

Aún así, nuestro ordenamiento jurídico debería de contar con un modelo normativo que regulara las actuaciones sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, dando seguridad jurídica a las manipulaciones que se ajusten al ordenamiento jurídico y por el contrario declarándolas inválidas las que no. Así lo ha expresado alguna autora,⁴⁸¹ al recomendar la necesidad de contar con un

⁴⁷⁹ LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, Diario La ley nº 8190, Sección Doctrina, 13 de noviembre de 2013.

⁴⁸⁰ STS 339/2013, de 20 de marzo.

⁴⁸¹ GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Civitas 2016, pág. 108.

modelo normativo ideal que cumpla con las garantías que la cadena de custodia debe preservar, siendo pieza determinante a la hora de proclamar en juicio la irregularidad o no del acto realizado dentro de la cadena de custodia.

A continuación teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, vamos a diferenciar las irregularidades que no provocarían la nulidad de la prueba por ruptura de la cadena de custodia o simples irregularidades, que en ningún caso crearían sospechas razonables sobre la indemnidad e identidad de los indicios y que, por tanto, no originarían dudas sobre la fiabilidad de la fuente de prueba ni afectaría a la valoración del dictamen pericial por parte de los tribunales, de las irregularidades que sí provocarían la ruptura de la cadena de custodia invalidando o anulando las pruebas de ADN, por infracciones de gravedad en el procedimiento de recogida, custodia y análisis, que sí arrojarían dudas sobre la incolumidad de los vestigios que han sido objeto de pericia⁴⁸².

Para este cometido recurriremos a la casuística jurisprudencial y a la doctrina⁴⁸³, resumiendo los errores más significativos sobre anomalías en la cadena de custodia de las pruebas en general y de las pruebas de ADN en particular.

Antes de enumerar las principales irregularidades de la cadena de custodia, en evitación de una inexacta comprensión y aplicación de estas irregularidades, debemos reseñar los dos presupuestos esenciales reconocidos por la jurisprudencia y que dan integridad a la cadena de custodia, como son la presunción de veracidad y el requisito de manipulación efectiva.

⁴⁸² GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Civitas 2016, pág. 107.

⁴⁸³ LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, La ley 2013. RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, La Ley 2013. EIRANOVA ENCINAS, E., “Cadena de custodia y prueba de cargo”, La Ley 2008. LACUEVA BERTOLACCI, R., “La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal”, La Ley 2013. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Civitas 2016.

La presunción de veracidad⁴⁸⁴ en la cadena de custodia se manifiesta en la conjetura de que las actuaciones judiciales y policiales han sido legítimas, regulares y no vulneradoras de los derechos fundamentales, salvo se acredite lo contrario. Mientras que la manipulación efectiva⁴⁸⁵ es el requisito *sine quoniam* no se producirá la invalidez de la prueba por quebrantamiento de la cadena de custodia, debiendo ser alegado, fundamentado y probado por la defensa, y sin que la acusación por contra haya acreditado la regularidad de la misma en el proceso penal.

En contraposición a estos presupuestos admitidos por la doctrina jurisprudencial, existe quien defiende⁴⁸⁶ que la existencia de una sospecha razonable de rotura de la cadena de custodia debería bastar para desvirtuar la presunción de veracidad, sin que fuera necesario probar la manipulación de la misma. Además aduce el dispar criterio de los jueces que no arbitran el mismo tratamiento en todos los casos y ante todo tipo de delitos, siendo más renuentes a admitir la quiebra por irregularidad en la cadena de custodia en los delitos contra la salud pública, terrorismo y libertad sexual, y más proclives a su admisión en los delitos contra la propiedad intelectual⁴⁸⁷.

De este modo, vamos a exponer los dos tipos de infracciones de la cadena de custodia que asumimos en este trabajo, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, para ello debemos tener presente que el fin de la cadena de custodia es lograr la garantía-control en la correcta obtención progresiva de la prueba de ADN, cuyas operaciones como ya apuntamos anteriormente deben realizarse siempre bajo los requisitos de licitud y fiabilidad, siendo este último requisito el determinante de la irregularidad de la cadena de custodia, pues así lo

⁴⁸⁴ STS 587/2014, de 18 de julio.

⁴⁸⁵ SSTs 312/2011, de 29 de abril y 776/2011, de 20 de julio.

⁴⁸⁶ GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Civitas 2016, pág. 106.

⁴⁸⁷ EIRANOVA ENCINAS, E., “Cadena de custodia y prueba de cargo”, Diario La Ley, núm. 6863. 17 de enero de 2008.

ha reconocido la jurisprudencia del TS al estimar que “estamos ante un problema de fiabilidad y no de validez o ilicitud probatoria”⁴⁸⁸.

Por tal motivo hemos clasificado las infracciones de la cadena de custodia en infracciones que no afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o irregularidades no invalidantes e infracciones que afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o irregularidades invalidantes.

1. Infracciones de la cadena de custodia que no afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o irregularidades no invalidantes

A continuación vamos a reseñar las principales causas por las que las partes procesales impugnaron las pruebas por estimar haber existido infracción, irregularidad o ruptura de la cadena de custodia de las mismas y su resolución judicial declarando que estas infracciones constituyen una mera irregularidad no invalidante que no impide la valoración de la prueba.

Aunque de la jurisprudencia podemos extraer multitud de supuestos de irregularidad de la cadena de custodia no determinantes de invalidez de las pruebas, vamos a exponer los supuestos más significativos de infracciones de la cadena de custodia tanto de las pruebas en general como de las pruebas de ADN en particular, las cuales nos servirán de modelo para una futura regulación sobre esta materia, teniendo en cuenta como hemos expresado anteriormente que el quebrantamiento es un tanto subjetivo en su apreciación⁴⁸⁹ y no constituye una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad de la prueba⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ SSTs 1072/2012, de 11 de noviembre, 996/2013, de 16 de diciembre, 777/2013, de 7 de octubre y 271/2014, de 25 de marzo.

⁴⁸⁹ EIRANOVA ENCINAS, E., “Cadena de custodia y prueba de cargo”, La Ley 2008. “Los jueces no arbitran el mismo tratamiento en todos los casos y ante todo tipo de delitos, siendo más renuentes a admitir la quiebra por irregularidad en la cadena de custodia en los delitos contra la salud pública, terrorismo y libertad sexual, y más proclives a su admisión en los delitos contra la propiedad intelectual.

⁴⁹⁰ SSTs 1072/2012, de 11 de noviembre, 996/2013, de 16 de diciembre y 271/2014, de 25 de marzo.

a) Infracción por exceso de tiempo en la entrega de las muestras.

Sobre esta infracción de la cadena de custodia nuestro TS⁴⁹¹ ha reconocido que la recogida de muestras de ADN por la policía y su entrega al laboratorio transcurridas más de 24 horas, sin contaminación y garantizándose la mismidad de la prueba, no supone irregularidad alguna de la cadena de custodia. La citada sentencia reconoció inexistente la ruptura de la cadena de custodia de las huellas dubitadas obtenidas de una taza de café, que fue usada por el autor de los disparos. El control policial cerró la escena del crimen a extraños, hasta la llegada de los encargados de practicar la inspección ocular quienes advirtieron las evidencias, procediendo a su custodia hasta su traslado al laboratorio forense el lunes siguiente, habiendo ocurrido el hecho el sábado anterior. Por tales hechos dicho Tribunal desestimó la alegación expresando que “en consecuencia, no existe ningún elemento probatorio para dudar de la corrección de la cadena de custodia, en tanto que todos los funcionarios policiales aseveraron que se preservaron todas las condiciones para garantizar la identidad de la prueba ("mismidad", en palabras de esta Sala Casacional)”.

Del mismo modo y sobre esta infracción de la cadena de custodia, resumimos diversos pronunciamientos judiciales⁴⁹² en los que se aduce el retraso en la entrega de muestras, sin que por ello se quiebre la cadena de custodia, como son; “la sola tardanza en llevar la caja fuerte de Comisaría hasta el Laboratorio de Sanidad de la muestra incautada policialmente para su análisis, no es motivo para declarar su nulidad, a falta de otra explicación que no sea la propia diligencia del cuerpo policial actuante”.

“El simple retraso en la entrega en el laboratorio no supone por sí, la rotura de la cadena de custodia, pues apuntar a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se rompió, no resulta aceptable, sino que

⁴⁹¹ STS 607/2012, de 9 de julio.

⁴⁹² STS 676/2016, de 22 de julio, 285/2014, de 8 de abril y 308/2013, de 26 de marzo.

debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva”. “La fiabilidad de la prueba tampoco puede depender del tiempo que tarde en mandarse al laboratorio o de que se produjo el traslado. Nada añade a las garantías esa *burocratización* de la prueba”.

b) Infracción por entrega de muestras directamente a Médico Forense.

La entrega de objetos o piezas de convicción directamente al Médico Forense sin pasar por la policía, no constituye contaminación ni cuestiona la autenticidad de los vestigios. Así lo entendió el TS⁴⁹³ en cuanto a la posible contaminación de los poliformismos genéticos, en un caso de abusos sexuales, en el que el acusado interesó en el juicio oral la nulidad de la obtención de la prueba de ADN, concretamente en la fase de recogida de los objetos o piezas de convicción, ya que fueron entregados dos días después por el padre de la ofendida al Médico Forense, cuestionando la autenticidad de los vestigios y la cadena de custodia por posible contaminación de los restos, convirtiéndose en una prueba viciada al no haberse entregado a la Policía Nacional o Guardia Civil, sino directamente al Médico Forense, y que dicho Tribunal rechazó expresando que “En modo alguno se ha producido la ruptura de la cadena de custodia. Realmente el recurrente confunde los preceptos de la inspección ocular (art. 326 y 778.3 LECRIM) con la práctica de una prueba sobre fluidos que se hallan contenidos en una prenda íntima de la propiedad de la ofendida, que a requerimiento del forense, el cual a su vez actúa por orden del Juez, entrega para su análisis. Cosa distinta es que las bragas hubieran sido habidas en el lugar de los hechos, en cuyo caso la Policía Judicial que levanta el atestado e inspecciona el lugar debería actuar de conformidad a los preceptos citados por el recurrente, pero ése no era el caso. Es de elemental lógica concluir que la mayor garantía de conservación, tratamiento y remisión de una muestra biológica al Laboratorio Oficial de análisis se consigue con más alto grado de profesionalidad y especialización a través de la intervención del Médico Forense, funcionario

⁴⁹³ STS 240/2010, de 24 de marzo.

adscrito al Juzgado, que por la Policía Judicial, y es por tal razón por la que los preceptos supuestamente infringidos (art. 326 p.3º y 778.3 LECRIM) prevén la intervención del Médico Forense”.

En similar conclusión llegó otro Tribunal⁴⁹⁴ sobre la entrega de drogas incautadas, declarando que “Lo que debe de garantizar la cadena de custodia es que la sustancia analizada sea la intervenida a la persona de que se trate, y tal garantía no sufre menoscabo alguno si la sustancia que se interviene, debidamente identificada, se entrega en el organismo oficial correspondiente, sin que sea exigible legalmente que dicha entrega sea personal a los facultativos concretos que después serán los encargados de analizarla, bastando con que se entregue en el servicio o dependencia común encargada de recepcionar los efectos de toda clase que son enviados para analizar al Instituto Nacional de Toxicología Departamento de Barcelona”.

c) Infracción por falta de reseña de la muestra en el documento de cadena de custodia.

Como ha reconocido el TS⁴⁹⁵ cuando consta la autenticidad de la muestra por otras fuentes, es irrelevante cualquier eventual irregularidad en la cadena de custodia. Estamos ante un problema de fiabilidad y no de validez o licitud probatoria. Los argumentos esgrimidos por la defensa fueron desestimados como expresa el Fundamento de Derecho 7º que transcribimos para su mejor comprensión, expresando que “La cadena de custodia sirve para acreditar la "mismidad" del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscabada o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías. Son dos planos distintos. La ilicitud no es subsanable. Otra cosa es que haya pruebas que por su

⁴⁹⁴ SAP Barcelona 252/2010, de 21 de abril.

⁴⁹⁵ STS 777/2013, de 7 de octubre.

cierta autonomía escapen del efecto contaminador de la vulneración del derecho (desconexión causal o desconexión de antijuricidad). Sin embargo la ausencia de algunas garantías normativas, como pueden ser las reglas que aseguran la cadena de custodia, lo que lleva es a cotejar todo el material probatorio para resolver si han surgido dudas probatorias que siempre han de ser resueltas en favor de la parte pasiva; pero no a descalificar sin más indagaciones ese material probatorio.

Si la ausencia de esas garantías agota su relevancia en su constatación, sin arrojar la más mínima duda, puede valorarse la prueba. Aquí si la identidad genética ha quedado demostrada no solo a través de la colilla (objeto respecto del que se produce esta denuncia) sino también a partir de los efectos indubitados ocupados en la vivienda del procesado, no surge ninguna duda sobre la "mismidad". Colilla y ropas afloran el mismo perfil. No solo de las declaraciones de los agentes, sino también de ese elocuente e inequívoco elemento puede concluirse que la colilla de la que se extrajo el material analizable es precisamente la que se recogió cuando la arrojó el acusado y que no ha sido sustituida o manipulada. Está acreditado que no se ha quebrado la cadena de custodia, aunque no figura una documentación minuciosa detallada y exacta, que no siempre es necesaria, de las vicisitudes en su guarda y transporte y de la identidad de los encargados de su custodia”.

d) Infracción por incomparecencia en el plenario de los funcionarios que custodiaron las muestras, o por declaraciones inexactas o inexistentes.

La mera incomparecencia de algún funcionario de los que custodiaron las muestras o incluso su comparecencia en el plenario sin acordarse de los actos de la cadena de custodia en los que intervinieron, no supone manipulación de las muestras y por ende el TS ha reconocido que por estas ausencias procesales no se rompe la cadena de custodia. Así en una STS⁴⁹⁶ declaró que “Respecto de la incomparecencia en el plenario de los agentes que custodiaron la droga en

⁴⁹⁶ STS 776/2011, de 20 de julio y STS 347/2012, de 25 de abril.

dependencias policiales depositada en una caja fuerte cerrada con llave, hemos señalado en STS 629/2011 de 23 de junio, que apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva”. También otra sentencia⁴⁹⁷ expresa que “El hecho de que compareciera al acto del juicio oral y no recordara los detalles no priva de validez su testimonio ni la diligencia llevada a cabo en relación a la sustancia intervenida, pues transcurrido un periodo de cinco años desde los hechos, lo extraño sería recordar todos los detalles, teniendo en cuenta el número de intervenciones de similares características, que dichos agentes realizan en el ejercicio de sus funciones”.

La discrepancia entre el número de objetos incautados, peso, color, sustancias, etc., según el atestado y la declaración en juicio de los policías intervinientes no deben considerarse trascendente a efectos de acreditar la rotura de la cadena de custodia, así lo han reconocido nuestros tribunales⁴⁹⁸, citando específicamente alguna resolución⁴⁹⁹ que estimó que, “En el caso presente no se aprecia una ruptura de la cadena de custodia de la droga intervenida. Es cierto que en el atestado consta que se trata de cocaína y luego en el dictamen analítico se describe que la sustancia es heroína. No obstante ello es irrelevante por los siguientes motivos: en primer lugar la prueba apta para determinar la naturaleza de una sustancia es la pericial y no un atestado policial, que supone solamente una forma de iniciar la investigación, en segundo lugar, si el recurrente discrepa de la conclusión pericial analítica, la debiera haber impugnado en su escrito de defensa al objeto de solicitar la comparecencia de los peritos y no en casación por primera vez y en tercer lugar, analizando las actuaciones, no se aprecia ninguna irregularidad en la cadena de custodia de la droga”.

⁴⁹⁷ SAP de Madrid 404/2012, de 29 de octubre.

⁴⁹⁸ SSTs 189/2016, de 4 de marzo, 307/2016, de 13 de abril, 974/2012, de 5 de diciembre.

⁴⁹⁹ ATS 39/2011, de 3 de febrero.

En el mismo sentido otras resoluciones⁵⁰⁰ expresaron que, “No cabe duda que las declaraciones del agente con carnet profesional núm. X en el acto del juicio oral sólo pudieron deberse a una equivocación, comprensible y razonable por el número de intervenciones que se ven obligados a realizar los funcionarios del Grupo de reacción de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía del aeropuerto de El Prat de Llobregat y el tiempo pasado desde el momento de ocurrencia de los hechos de autos, que si bien no es en absoluto excesivo combinado con el anterior hecho, hace explicable cualquier discrepancia no esencial con lo atribuido en el atestado policial”.

La no comparecencia de los agentes intervinientes cuando ninguna de las partes los propuso como testigos en el juicio, no invalida la cadena de custodia, como así reconoció una reciente sentencia del TS⁵⁰¹, al declarar que “La virtualidad de las anteriores pruebas de ADN no puede ser desvirtuada por las alegaciones efectuadas por la defensa en orden al quebranto de la cadena de custodia, que se fundamenta en la falta de citación al acto de juicio de todos los intervinientes en tal proceso. En primer lugar, porque tal alegación fue formulada extemporáneamente por la parte en el acto de juicio, sin que por ello las partes acusadoras pudieran rebatirlo, pero es que además ninguna evidencia se ha ofrecido por la defensa de haberse producido alguna irregularidad en la cadena de custodia”.

Con el mismo criterio el TS se pronunció en otras resoluciones⁵⁰² en las que entiende que no se produce la rotura de la cadena de custodia por la incomparecencia en juicio de los agentes intervinientes, salvo exista prueba de manipulación efectiva o dudas sobre la integridad de la cadena de custodia. Dudas que apreció la Audiencia Nacional⁵⁰³ declarando la ruptura de la cadena

⁵⁰⁰ SSAP Barcelona 252/2010, de 21 de abril y Málaga 16/2016, de 20 de marzo.

⁵⁰¹ STS 174/2016, de 3 de marzo.

⁵⁰² SSTs 629/2011, de 23 de junio, 776/2011, de 20 de julio, 347/2012, de 25 de abril, 208/2014, de 10 de marzo y 303/2014, de 4 de abril entre otras.

⁵⁰³ SAN de 25 de enero de 2013.

de custodia, en unos hechos en los que se recogieron muestras biológicas de un vaso, que permitieron identificar ADN del acusado, cuyo juicio no compareció el agente de policía que recogió el vaso, donde la acusación mantenía que había utilizado el acusado en una consumición en el bar, declarando esta sentencia que “Se privó al tribunal del grado de certeza de que el agente hubiera adoptado todas las precauciones necesarias para certificar que era el vaso usado por el acusado y descartar que pudiera haber sido confundido con otro”.

e) Infracción en la preservación y envío de muestras.

La discrepancia en el número de envases o bultos conteniendo sustancias o muestras orgánicas con material genético, no supone quiebra de la cadena de custodia, así lo han reconocido algunas sentencias⁵⁰⁴ cuya parte que interesa reproducimos, “Esta Sala entiende que la cadena de custodia no ha quebrado...Lo mismo cabe decir de la alegada existencia de un solo paquete al que se refiere el análisis de farmacia, pues la perito que declaró en el acto del juicio oral, manifestó claramente que se trataba de un único envoltorio pero que contenía diez tabletas, así se refleja claramente en el informe analítico que obra unido a las actuaciones al folio 143 de la causa”, “Este Tribunal no puede por menos que dar la razón a los defensas de los acusados cuando han puesto de manifiesto la discordancia existente entre las prendas que se dicen intervenidas en el atestado policial y las que se dicen recibidas en el Instituto Nacional de Toxicología, pero creemos que existen otros datos en la causa que nos permiten afirmar que no se ha roto la cadena de custodia. En este sentido, basta con observar las fotografías obrantes sin que hayan sido impugnados por la defensa en las que consta la maleta intervenida al Sr. XX y las prendas que se encontraban en el interior de la misma, (cuya autenticidad tampoco se ha cuestionado por ninguna de las partes) para llegar a la conclusión de que las prendas analizadas por el Instituto Nacional de Toxicología son las mismas que fueron intervenidas el día xx con ocasión del registro de la maleta que llevaba”.

⁵⁰⁴ SAP Madrid 404/2012, de 29 de octubre y SAP Barcelona, 845/2010, de 5 de noviembre.

Tampoco quiebra la cadena de custodia el hecho de existir errores materiales respecto a las fechas de remisión o recepción de muestras, siempre que las sustancias aparezcan debidamente identificadas, así lo estimó una sentencia⁵⁰⁵ sobre la remisión de sustancias estupefacientes, al expresar que “Esta Sala entiende que la cadena de custodia no ha quebrado, y aún cuando valoráramos que se ha producido un error en cuanto a las fechas de remisión o recepción, ello no implicaría una rotura de dicha cadena, pues la sustancia aparece perfectamente identificada sin que genere ninguna duda al respecto”.

f) Infracción por errores en los documentos de cadena de custodia.

Aunque los errores en la cumplimentación de impresos o documentos de cadena de custodia de las pruebas constituye un motivo muy habitual de reclamación de ruptura por parte de las defensas, como ha declarado alguna autora⁵⁰⁶, nuestro TS ha elaborado una consolidada doctrina que se fundamenta por un lado, en la no existencia de uniformidad en la documentación y por otro, en que cualquier vicio que se detecte en ésta no tendrá como consecuencia la nulidad de la prueba salvo que la parte recurrente pueda probar que ha existido manipulación y pueda despertar dudas razonables sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba.

De este modo teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS constituyen infracciones por errores en los documentos de cadena de custodia de las pruebas, y sin que por ello impidan al juzgador ser valoradas las siguientes:

La ausencia de datos; donde los tribunales valorarán si la “irregularidad detectada es idónea para generar dudas sobre la autenticidad e indemnidad de la fuente de prueba”⁵⁰⁷, así como que “...el quebrantamiento de la cadena de

⁵⁰⁵ SAP Madrid 404/2012, de 29 de octubre.

⁵⁰⁶ GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Civitas 2016, pág. 110.

⁵⁰⁷ STS 308/2013, de 26 de marzo.

custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba”⁵⁰⁸.

La no cumplimentación de documentos conforme a normas reglamentarias; sobre este respecto declara el TS que “La vulneración de alguno de los dictados de aquel reglamento actúa como llamada de aviso acerca de la necesidad de reforzar las cautelas a la hora de concluir la integridad de las muestras, pero no se impone a la tarea jurisdiccional relacionada con la fiabilidad de la prueba”⁵⁰⁹.

La incorrecta cumplimentación de formularios y atestados; así lo estimó una sentencia⁵¹⁰ al expresar que “La ruptura de la cadena de custodia que la sentencia afirma no tiene otra base que la incorrecta cumplimentación de los formularios y atestados por los citados funcionarios, pero no existe ningún otro motivo que permita sustentar la duda de que la sustancia hubiese sido de algún modo manipulada hasta su llegada al laboratorio”.

La no utilización de los formularios de remisión de muestras al INTCF; la jurisprudencia⁵¹¹ estima que los datos son exigidos para la remisión de muestras al INTCF pero no a otros laboratorios “No fue este caso, pues la segunda analítica se llevó a cabo en otro laboratorio. A ello hay que añadir que la omisión de estos datos no se deriva *sit et simpliciter* que se hubiera roto la cadena de custodia o que pudiera haber confusión en la identidad de la sangre analizada”.

La no subsanación de datos erróneos en la documentación de custodia; mientras el tribunal ad quem absolvió al acusado por no existir fiabilidad en la pericia de análisis de las sustancias ocupadas al no existir certeza objetiva de

⁵⁰⁸ STS 271/2014, de 25 de marzo.

⁵⁰⁹ STS 587/2014, de 18 de julio.

⁵¹⁰ STS 147/2015, de 17 de marzo.

⁵¹¹ STS 1/2014, de 21 de enero.

identidad entre lo aprehendido a lo largo de la operación policial y lo efectivamente analizado, el TS⁵¹² revocó dicha sentencia por estimar que no existió ruptura de la cadena de custodia de la prueba pericial de cargo.

2. Infracciones de la cadena de custodia que afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o irregularidades invalidantes de éstas

Una vez expuestas las principales infracciones por las que las partes procesales impugnaron las pruebas, por estimar haber existido alguna irregularidad de la cadena de custodia, así como las resoluciones judiciales que los tribunales adoptaron al respecto, declarando que estas infracciones constituyen una mera irregularidad no invalidante, y que por tanto no impide su valoración en el plenario.

A continuación expondremos las infracciones más graves sobre la cadena de custodia, las cuales provocarían la invalidez de las pruebas y, por tanto, la imposibilidad de su valoración por los tribunales. Siendo estas irregularidades muy similares a los supuestos mencionados en el apartado anterior y que fueron tratadas como simples infracciones no invalidantes, sin embargo su diferencia no siempre está clara, por lo que para su apreciación los tribunales han de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y a su afectación a la verosimilitud y autenticidad de la prueba, pues como ha recomendado algún autor⁵¹³ para apreciar las irregularidades, “Los Tribunales deberían atender con mayor exigencia las reglas sobre la cadena de custodia, ya que en el derecho procesal el pleno cumplimiento de las formas y las reglas procesales constituyen presupuesto de un juicio justo y con todas las garantías”.

Así la nulidad de las pruebas de ADN por infracciones en la cadena de custodia, requerirá que los restos biológicos sean declarados inútiles a efectos del

⁵¹² STS 491/2016, de 8 de junio.

⁵¹³ RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, La Ley 2013.

proceso penal, por haber sido manipulados o contaminados, cuyas infracciones consistirán principalmente en no seguir los protocolos, procedimientos de seguridad y conservación establecidos para su control y custodia, así como de las personas autorizadas a cuyo cargo se encuentran⁵¹⁴.

Además debemos tener en cuenta que cuando se alega rotura de la cadena de custodia vulnerando el derecho a la presunción de inocencia, no es que se vulnere dicho derecho de forma directa, pues la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno, de modo que la comisión de algún error⁵¹⁵ no supone, por sí sólo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la sustancia analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados⁵¹⁶.

Dicho esto, sólo nos queda expresar las infracciones de la cadena de custodia más usuales que invalidan las pruebas y especialmente las pruebas de ADN:

a) Infracción por recogida, custodia, análisis y depósito defectuosos.

⁵¹⁴ LEAL MEDINA J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, Diario La Ley, Nº 8190, de 13 de Noviembre de 2013, declarando que; “no en vano, el legislador, ha puesto un especial interés en preservar la autenticidad de las pruebas de ADN para que no se manipulen, reconociendo la protección de dicho interés en su art. 326.3 LECRIM. Para ello, es imprescindible hablar de los laboratorios públicos como el INTCF o aquellos al servicio de las Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en dicha materia, como entidades fundamentales para que las muestras biológicas no resulten contaminadas y degradadas, y puedan ser custodiadas adecuadamente. Las funciones de almacenamiento, custodia o traslado, tanto de los vestigios biológicos como de las piezas de convicción que contienen el perfil genético para que estén a disposición del Tribunal, son materias que en principio competen a la Policía Judicial, o al cuerpo de Médicos Forenses”.

⁵¹⁵ STS 1027/2010, de 25 de noviembre, “Acerca de la posible ruptura de la cadena de custodia, aunque no se halla perfectamente documentada y existe un error, perfectamente detectado y corregido en relación a una fecha, lo cierto es que no es posible oponer ninguna tacha, según se desprende del contenido de la diligencia en la que se refleja la cadena de custodia (folio 262), aunque no firmaran cada uno de los intervinientes (sólo el autor de la diligencia), pues todos ellos depusieron en juicio y garantizaron con sus firmes testimonios la regularidad de tal cadena de custodia”.

⁵¹⁶ CASTILLEJO MANZANERO, R. “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, Diario La Ley, Nº 8213, 17 de Diciembre de 2013.

La ocupación, confusión y custodia de muestras, constituye causa de nulidad de las pruebas por ruptura de la cadena de custodia, así se ha reconocido en varias sentencias en las que se identifican estas infracciones de la cadena de custodia de las pruebas y que resumimos en base a los siguientes motivos:

Por confusión de datos de las sustancias aprehendidas, así lo declaró una sentencia⁵¹⁷, expresando que “Parece haber existido un cambio en los datos con los que se remitieron las sustancias aprehendidas en dos diligencias previas tramitadas simultáneamente, atribuyendo a los aquí acusados la heroína aprehendida supuestamente a otra detenida, y la cocaína a ésta. Ahora bien, por una parte no hay una certidumbre absoluta de que en efecto la sustancia analizada en las diligencias 380/2007 sea aprehendida a los acusados. Existe un indicio importante, pero la cadena de custodia exige una certeza absoluta y no meros indicios”.

Por confusión de la sustancia analizada con la sustancia inicialmente intervenida, así lo señaló una sentencia⁵¹⁸ al declarar: “Por lo cual, no puede afirmarse con rotundidad, sin género de dudas que lo analizado fuera lo intervenido. No se trata tanto, al contrario de lo que expone el Ministerio Fiscal en su informe, de la cantidad intervenida, sino de la propia naturaleza de la sustancia que no resulta acreditada al existir dudas relevantes al respecto de que lo analizado fuera lo inicialmente intervenido, por lo cual, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no procede sino la revocación de la sentencia y la libre absolución del acusado”.

Por deficiente custodia policial sin que pueda acreditarse la plena integridad del material intervenido: “Ello acredita que se ha producido una deficiente custodia policial y control judicial de dicho material, que no estaba debidamente precintado y a salvo de eventuales manipulaciones externas tanto de

⁵¹⁷ SAP Las Palmas 52/2009, de 29 de julio.

⁵¹⁸ SAP Barcelona 202/2016, de 18 de marzo.

carácter cuantitativo como cualitativo, lo que impide que pueda afirmarse que la incorporación al proceso penal de soportes informáticos se diera el cumplimiento de las exigencias para garantizar una identidad plena e integridad en su contenido con lo intervenido y, consecuentemente, que los resultados de las pruebas periciales se realizaran sobre los mismos soportes intervenidos o que éstos no hubieran podido ser manipulados en cuanto a su contenido”⁵¹⁹.

Por deficiencias en el depósito al guardarse los paquetes abiertos afectando a la mismidad: “Dado que no ha quedado probado que el paquete una vez abierto en la Aduana con autorización del administrador quedara debidamente custodiado y preservado, con garantías de no quedar al acceso de terceros, sabiéndose que quedó abierto durante uno o dos días en desconocidas condiciones, no puede asegurarse que su contenido a la llegada a España y antes de esta primera apertura en las dependencias aduaneras fuera el mismo que el que había en el momento de su apertura judicial, realizada días después”.

b) Infracción por incumplimiento de protocolos de entrega de muestras.

El no cumplir con el protocolo de entrega de muestras al INTCF previsto en la Orden JUS/1291/2010, de 13 mayo, así como otras irregularidades determinan que se declare la prueba inadmisibile, así lo declaró una sentencia⁵²⁰ al afirmar que “Se ha producido una ruptura de la cadena de custodia de la sustancia intervenida a los acusados, toda vez que la sustancia se recibió en el laboratorio tres meses más tarde, sin que se especifique en ningún momento la persona encargada de la entrega, ni el lugar donde fueron custodiadas las dos bolsas mencionadas, por lo que existe una duda más que razonable sobre la identidad existente entre la sustancia analizada por la Unidad del Laboratorio Químico de los Mossos d’Esquadra y la intervenida a los acusados, debiendo destacarse como, en el presente caso, no se cumplió el protocolo establecido en la Orden de

⁵¹⁹ STC 170/2003, de 20 de septiembre.

⁵²⁰ SAP Barcelona 82/2010, de 25 de enero.

8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología”.

Sin embargo para el TS, el incumplimiento de los protocolos de entrega no tienen carácter imperativo, señalando una sentencia⁵²¹ que el incumplimiento de los preceptos de la Orden JUS/1291/2010, de 13 mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF, no tiene, por sí solo, relevancia constitucional. Así su FJ 2º dice: D). Alude la defensa a una vulneración de la cadena de custodia, derivada de la errónea inaplicación de los arts. 326, 334 y 338 de la LECRIM, así como de la Orden de 8 de noviembre de 1996, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología, así como los criterios para la práctica de las diligencias por la Policía Judicial y sobre los juicios rápidos, publicada por la Comisión Nacional de Policía Judicial, en su apartado 5º. Y sobre la conservación y destino de las piezas de convicción, normas recogidas en el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre. Se olvida que ese formulario, según se proclama en el mismo Anexo de la Orden vigente en la fecha de los hechos, no tiene, ni mucho menos, carácter imperativo. Así se desprende con claridad de la afirmación contenida bajo el epígrafe *documentación*, según la cual: “...se propone como modelo el que figura incluido como anexo, en los distintos modelos de formularios, pudiendo ser válido cualquier otro documento, siempre que quede constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras”.

En similares términos y a modo de resumen hay que aludir a la declaración que este mismo Tribunal hizo al respecto, señalando que la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad⁵²², además de resaltar que, “Sólo si las deficiencias formales despiertan serias dudas racionales, debería prescindirse de esta fuente de prueba, no por el

⁵²¹ STS 545/2012, de 22 de junio.

⁵²² STS 339/2013, de 20 de marzo.

incumplimiento de algún trámite o diligencia establecida en el protocolo de recepción de muestras y su custodia, sino por quedar cuestionada su autenticidad”⁵²³.

c) Infracción por discrepancia notoria en la identificación de las sustancias intervenidas y los envases que las contenían.

La falta de datos y discrepancias de las sustancia intervenidas provoca dudas al juzgador que resuelve invalidando la pericia por ruptura de la cadena de custodia, así se ha acordado por algunas resoluciones judiciales⁵²⁴, expresándolo de la siguiente forma: “Por consiguiente, existiendo un claro y acreditado quebranto de la cadena de custodia sobre los objetos, efectos o pruebas del delito, no podemos afirmar con plena rotundidad y sin duda alguna que el contenido de los fardos intervenidos por la Guardia Civil en estas actuaciones y en la que se sustenta la acusación del Fiscal se corresponda precisamente con las sustancias analizadas por el Laboratorio de Sanidad de Sevilla e identificadas como THC y cocaína, por lo que esta duda sobre la identidad de lo aprehendido, elemento esencial del delito contra la salud pública por el que se acusa a de los procesados, obliga a absolver a todos ellos en virtud del principio *in dubio pro reo*”.

d) Infracción por dilatación del tiempo de entrega de muestras al laboratorio.

La existencia de intervalos de tiempo entre la identificación de las muestras intervenidas y la puesta a disposición judicial sin que se acredite su seguimiento, supone que la prueba no pueda ser valorada, así lo han reconocido algunos tribunales al declarar que, “Es así concluyente que hay un intervalo de seis días en los que las sustancias intervenidas permanecen al parecer en dependencias policiales, sin estar convenientemente identificadas e

⁵²³ STS 129/2015, de 4 de marzo.

⁵²⁴ SAP Almería 319/2008, de 1 de octubre.

individualizadas, a la espera de ser remitidas al área correspondiente de la Administración regional sanitaria. Todas estas circunstancias no permiten afirmar con las debidas garantías y la certidumbre precisa que, lo en su día aprehendido y descrito, se corresponde con lo depositado y analizado, existiendo irregularidades que hacen quebrar la cadena de custodia, envuelven de incertidumbre el juicio de tipicidad y lesionan inevitablemente el derecho de los acusados a un proceso con todas las garantías”⁵²⁵.

A similar conclusión llegó otro Tribunal al declarar que “Es así concluyente que hay un intervalo de tiempo en el que la sustancia incautada permaneció al parecer en dependencias policiales sin estar convenientemente individualizada e identificada a la espera de ser remitida al organismo correspondiente. En consecuencia, atendida tales circunstancias es de entender razonablemente que queda rota la cadena de custodia con respecto a la sustancia que le vino en ser ocupada al encartado”⁵²⁶.

Sin embargo el TS ha reconocido que la entrega de pruebas conteniendo muestras de ADN directamente al forense varios días después de iniciada la investigación policial por delito de agresión sexual, no constituye invalidez de la prueba por rotura de la cadena de custodia, habiendo alegado la defensa que la muestra se encontraba contaminada y viciada, en tanto en cuanto no se entregó a la Guardia Civil, sino al Médico Forense. Sentencia ésta⁵²⁷ a la que ya nos referimos en el apartado anterior de irregularidades no invalidantes por infracción en la entrega de muestras directamente a Médico Forense.

e) Ausencia de documentación de la cadena de custodia.

⁵²⁵ SAP Murcia 28/2013, de 30 de enero.

⁵²⁶ SAP Madrid 18/2014, de 11 de abril.

⁵²⁷ STS 240/2010, de 23 de marzo.

Los tribunales no exigen una estricta documentación que avale la cadena de custodia, por lo que la ausencia de datos o errores documentales, no lleva consigo la nulidad de la prueba, salvo como afirma algún autor⁵²⁸ aquellos supuestos en que es inexistente y no se puede acreditar mediante ningún otro método la integridad de la cadena de custodia.

De este modo existe rotura de la cadena de custodia⁵²⁹ cuando no se consignan en los atestados todas las circunstancias de los hechos, como el caso de haberse tomado la muestra indubitada de ADN de una sustancia realmente procedente del cuerpo del sospechoso, teniéndose por probado en la sentencia recurrida por la mera declaración de un testigo, pese a que en el atestado correspondiente no hay mención alguna de tal recogida. De esta forma se tiene por incumplido lo dispuesto en el citado art. 292 LECRIM, defecto reiteradamente denunciado en la instancia, incluso en el propio acto del juicio oral según consta en el acta correspondiente que tiene la virtud de haber recogido el contenido de los informes finales del Ministerio Fiscal y de las defensas de los acusados.

También se consideró rota la cadena de custodia⁵³⁰ en el caso de recogida en el lugar de los hechos de unos guantes durante la práctica de la inspección ocular policial, cuya recogida no se hizo constar por error en el atestado policial y que sin comunicarlo al Juzgado, la Policía remitió los mismos al laboratorio de análisis biológicos, acordando la nulidad de la prueba practicada. Las Fuerzas de Seguridad deberían hacer constar en el atestado mediante diligencia debidamente firmada por los instructores de mismo o por acta, igualmente firmada, la recogida del vestigio del que se espera extraer el ADN con todos los datos identificativos del mismo, la diligencia de entrega a un tercero para su traslado al laboratorio oficialmente reconocido, quién deberá asimismo firmar y diligenciar la

⁵²⁸ GUTIERREZ SANZ, M. R. "La cadena de custodia en el proceso penal español". Cit.

⁵²⁹ STS 501/2005, de 19 de abril.

⁵³⁰ SAP de Badajoz 83/2006 de 2 de junio.

recepción, y dónde asimismo deberán observarse y anotarse todas las incidencias del vestigio que garanticen la cadena de custodia de los mismos.

Lo verdaderamente determinante para la rotura de la cadena de custodia es que no se constate la identidad de lo hallado y analizado, pues así lo ha estimado el TS⁵³¹ al expresar que, "Aunque no se halla perfectamente documentado y existe un error, perfectamente detectado y corregido en relación a una fecha, lo cierto es que no es posible oponer ninguna tacha, según se desprende del contenido de la diligencia en la que se refleja la cadena de custodia, y aunque no firmaran cada uno de los intervinientes (sólo el autor de la diligencia), todos ellos depusieron en juicio y garantizaron con sus firmes testimonios la regularidad de tal cadena de custodia".

Del mismo modo, no supone ruptura de la cadena de custodia el hecho de que las muestras analizadas y los oficios acompañantes se remitiesen inicialmente a un Juzgado distinto del de la causa, pues el TS declaró que, "En las actuaciones judiciales y policiales se identifica la causa, y no se albergan dudas de la procedencia de tales muestras en relación con las diligencias"⁵³².

Por el contrario y en relación al anterior supuesto, el TS apreció la no valoración de la prueba por ruptura de la cadena de custodia concluyendo que, "En consecuencia, la regularidad de la cadena de custodia no se ha acreditado ni documentalmente ni mediante testimonio, y la ruptura se ha producido de una forma relevante que debe excluir la valoración de la prueba referida a las bolsitas de sustancias ocupadas durante estos días"⁵³³.

También otra sentencia, reconoció la rotura de la cadena de custodia de las muestras halladas expresando que, "Lo menos que puede exigirse es que

⁵³¹ STS 1027/2010, de 25 de noviembre.

⁵³² ATS nº 434/2012, de 1 de marzo.

⁵³³ STS 941/2016, de 8 de junio.

quede constancia de la fecha y lugar donde se practica, así como por quien se lleva a efecto, de las personas que entregan o reciben las muestras, en fin lo que policialmente se denomina la cadena de custodia, a fin de que puedan ser llamados al proceso para testificar, nada de eso puede obtenerse del atestado”⁵³⁴.

La inexistencia de albarán que documente el atestado policial, junto con otras deficiencias de embalaje también provoca la ruptura de la cadena de custodia, así lo reconoció una sentencia expresando que “El Tribunal es el que debe procurar que las piezas de convicción estén a su disposición cuando se va a realizar el enjuiciamiento, o en nuestro caso el recurso de apelación. Pues bien, el envío no aportaba albarán alguno ni referencia del número de atestado policial en el que fueron intervenidos dichos efectos. Pero es más, las cajas no traían ni el más mínimo dato de referencia, ni fecha, ni número de orden”⁵³⁵.

A excepción de las infracciones reseñadas que invalidan las pruebas por ruptura de la cadena de custodia, hay que destacar que la mayoría de los supuestos que contempla nuestra jurisprudencia, en los que previamente se solicitó la nulidad de las pruebas de ADN por faltar algún documento de custodia no se declararon inválidas, así lo ha reconocido algún autor⁵³⁶ al estudiar algunas sentencias⁵³⁷, en donde se expresa que la falta de documentación de la cadena de custodia, al no constar el número de la muestra, ni el acta de emisión o recepción, no suponen más que irregularidades o dudas no relevantes que no cuestionan la autenticidad o fiabilidad de la prueba. Es por eso, que apenas prosperan las peticiones de nulidad por ruptura de la cadena de custodia ante los tribunales, debiéndose en gran parte al carácter restrictivo que las acompaña, y a la

⁵³⁴ SAP Cádiz 103/2003, de 7 de noviembre.

⁵³⁵ SAP Madrid 1138/2009, de 28 de octubre.

⁵³⁶ LEAL MEDEINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, La Ley 2013.

⁵³⁷ SAP Las Palmas, de 19 de noviembre de 2012.

especialización de los expertos que declaran en el plenario⁵³⁸ indicando el camino correcto seguido por los vestigios biológicos.

IV. LA IMPUGNACIÓN POR INFRACCIONES DE LA CADENA DE CUSTODIA

Una vez expuestas las infracciones de la cadena de custodia, así como las soluciones adoptadas por los órganos judiciales y al objeto de mejorar una futura regulación sobre esta materia, debemos finalizar este trabajo exponiendo los cauces procesales que deben utilizar las partes para impugnar la cadena de custodia de las pruebas, así como los requisitos más elementales para que la misma surta efectos, informando a su vez al legislador de la necesidad de recoger alguno de estos aspectos procesales en una ley sobre la cadena de custodia.

Ante la carencia de regulación sobre impugnación por infracciones de la cadena de custodia en la LECRIM, debemos recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para extraer los cauces de impugnación y los requisitos más elementales para hacerlo.

Previamente y siguiendo los enunciados de alguna autora⁵³⁹ debemos tener presente que sobre la impugnación de la corrección de la cadena de custodia, la jurisprudencia⁵⁴⁰ recuerda que en tanto no se haga constar por la parte que alega la ruptura, el momento en el que se produjo la vulneración de la cadena de custodia, la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto, no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva. Así, quien aduzca la irregularidad debe probarla, debiendo

⁵³⁸ La STS 685/2010, de 7 de julio, expresó que, “La falta de ruptura de la cadena de custodia, queda acreditada por las declaraciones testificales y por el informe pericial de la toma de las muestras, acreditándose que no existió su desviación, evitándose su contaminación”.

⁵³⁹ ALONSO-MAJAGRANZAS CENAMOR, P. “La investigación penal a través del ADN”, Madrid 2015, ponencia www.fiscal.es.

⁵⁴⁰ SSTs 709/2013, de 10 de octubre, 629/2011, de 23 de junio y 1045/2011, de 14 de octubre.

reputarse las actuaciones en el curso de una investigación policial o judicial legalmente efectuadas⁵⁴¹.

1. Cauces procesales que deben utilizar las partes para impugnar las infracciones sobre la cadena de custodia

El error procesal más común que incurren las partes a la hora de impugnar infracciones de la cadena de custodia de las pruebas, es la extemporaneidad al alegar la ruptura de la cadena de custodia de las pruebas.

La extemporaneidad ha sido alegada en ocasiones por el Ministerio Fiscal por provocar indefensión a las víctimas, vulnerándose así el art. 24.1 CE, oponiéndose éste a la impugnación de la defensa que alegaba la existencia de ruptura de la cadena de custodia, como así reconoció una reciente sentencia del TS⁵⁴², al declarar ésta que, “La virtualidad de las anteriores pruebas de ADN no puede ser desvirtuada por las alegaciones efectuadas por la defensa en orden al quebranto de la cadena de custodia, que se fundamenta en la falta de citación al acto de juicio de todos los intervinientes en tal proceso. En primer lugar, porque tal alegación fue formulada extemporáneamente por la parte en el acto de juicio, sin que por ello las partes acusadoras pudieran rebatirlo, pero es que además ninguna evidencia se ha ofrecido por la defensa de haberse producido alguna irregularidad en la cadena de custodia”.

Por lo anteriormente expuesto sólo nos quedaría preguntarnos cual sería el momento procesal más adecuado para impugnar irregularidades en la cadena de custodia, a lo que responderemos que no se debe esperar al juicio oral para alegarlas, sino que en cuanto se tenga conocimiento de éstas y en cualquier estadio del procedimiento debe ser alegada, como así lo ha recomendado algún

⁵⁴¹ STS 680/2011, de 22 de junio.

⁵⁴² STS 174/2016, de 3 de marzo.

autor⁵⁴³, expresando que, “En cuanto tengamos conocimiento de la existencia de una falta de diligencia que afecte a la conservación de alguna fuente de prueba, o que no ofrezca confianza, es conveniente manifestarlo a través de los medios legales que la ley establece. Ya en la fase de investigación, hay que hacer llegar las dudas que tengamos al Juez Instructor sobre el mantenimiento de un determinado elemento empírico (muestras de ADN, etc), proponiendo nuevas diligencias o impugnando las ya existentes”.

Sin embargo hay quien sugiere⁵⁴⁴ que el momento procesal oportuno para cuestionar por primera vez la cadena de custodia de las pruebas de ADN, y toda vez que ésta entrañaría un acto de prueba preconstituida, la cual se hará valer como prueba de cargo en el juicio oral mediante la lectura del documento, será en la toma de declaración al investigado “detenido” ex artículos 118, 384 y 386 LECRIM, sobre el que existe en base a dichas pruebas preconstituidas indicio racional de criminalidad, de esta forma, el investigado deberá conocer en la forma que le sea más comprensible, el delito que se le imputa y los motivos de su procesamiento, ejerciendo su derecho de defensa, bien cuestionando la legalidad de la recogida de las pruebas, la cadena de custodia u otras excepciones procesales, las cuales deberán constar en acta.

Además del momento procesal adecuado que deben utilizar las partes para impugnar las infracciones sobre la cadena de custodia, éste debe cumplimentarse con unos requisitos mínimos que permitan prosperar dicha impugnación, como así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia del TS que aportamos a continuación.

2. Requisitos de impugnación de las infracciones de la cadena de custodia

⁵⁴³ LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, La Ley 2013.

⁵⁴⁴ JIMÉNEZ PEÑA, S., “La prueba de ADN en el proceso penal: Recogida e introducción en el procedimiento. La cadena de custodia”, Blog derechoporlavida.com 20 de agosto de 2015.

De los anteriores razonamientos hay que extraer que las partes deben poner en conocimiento del Juez inmediatamente que observen alguna irregularidad sobre la cadena de custodia de la fuente de prueba, y además para que la impugnación surta efectos, deberá realizarse bajo los siguientes requisitos extraídos de la jurisprudencia, como son:

La evidencia de dicha ruptura, o prueba de la existencia de manipulación efectiva⁵⁴⁵, pues no basta la mera sospecha de la ruptura de la cadena de custodia para declarar su infracción, como así lo ha reconocido nuestro TS al expresar que, “No es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, sino que se ha de precisar en qué momento, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido la interrupción, pudiendo la defensa proponer las pruebas encaminadas a su acreditación”⁵⁴⁶.

La impugnación debe realizarse en momento procesal hábil, por exigencia del principio de buena fe procesal⁵⁴⁷, lo más adecuado sería durante la instrucción, en cuanto la defensa tuviese conocimiento del resultado de la pericia, por quién y cómo se ha llevado a cabo, y a lo más tardar en el escrito de calificación provisional, como así lo indica el TS⁵⁴⁸, “Cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita”.

⁵⁴⁵ SSTs 629/2001, de 23 de junio, 7776/2011, de 20 de julio y 347/2012, de 25 de abril.

⁵⁴⁶ STS 709/2013, de 10 de octubre.

⁵⁴⁷ VILLAGOMEZ MUÑOZ, A. I., “La intervención de drogas: primeras actuaciones, muestreo, análisis, destrucción, cadena de custodia”, www.fiscal.es 2015.

⁵⁴⁸ SSTs 652/2001, de 16 de abril y 585/2003, de 16 abril.

Tampoco será eficaz la impugnación, si se hace en el trámite de conclusiones definitivas, en el informe o en la segunda instancia⁵⁴⁹. Sin embargo muchos tribunales admiten la impugnación como cuestión previa, al inicio del juicio oral, dicha admisión debería ser rechazada por los motivos expresados anteriormente, o cuanto menos suspenderse el juicio para nuevo señalamiento en el que las partes acusadoras soliciten la comparecencia a la vista judicial de los peritos intervinientes.

Que la impugnación contenga un criterio estricto y razonado, en este sentido el TS⁵⁵⁰ exige que la impugnación “no sea meramente retórica, o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala Casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuáles son los temas de discrepancia: si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en éste la preservación de la cadena de custodia”, por lo que la impugnación exige un mínimo de razonamiento de porqué se impugna, pues no tiene ningún efecto una impugnación formalista y no razonada que supondría un fraude de Ley, así lo entiende la tesis jurisprudencial mayoritaria⁵⁵¹.

Una vez expuestos los requisitos más esenciales para que prosperen las impugnaciones por infracción de la cadena de custodia, sólo nos queda recordar como ha reconocido algún autor⁵⁵² la prevención de que será el Juez el que deberá velar por las garantías de la indemnidad de la prueba y mantenimiento establecido en las normas, los procedimientos y los lugares donde deben ser custodiadas las evidencias, a fin de que puedan estar a disposición del Juez y también de todas las partes del proceso penal, al objeto de que puedan impugnarlas o alegar cuanto a su derecho convenga, incluida la ruptura de la

⁵⁴⁹ SSTs 156/2003, de 10 de febrero, 585/2003, de 16 abril, 587/2003, de 16 abril y 156/2004, de 9 febrero.

⁵⁵⁰ STS 72/2004, de 29 enero.

⁵⁵¹ SSTs de 29 de enero de 2004, 1 de junio de 2009 y 10 de julio de 2013.

⁵⁵² RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, La Ley 2013.

cadena de custodia, pues así lo contempla la LECRIM⁵⁵³ como garantía de retención, conservación y envío de las evidencias al organismo adecuado para su depósito.

Sin embargo sobre este último apunte legal hay que destacar que el proyecto de CPP de 2011 regula con más exhaustividad que la LECRIM, la impugnación de la cadena de custodia, pues parte de la premisa, que todas las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación de los hechos delictivos, serán debidamente custodiadas a fin de asegurar su disponibilidad en el acto del juicio oral con los efectos que esta ley establece (art. 357.2 CPP 2011), regulando que la cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba, alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras (art. 360. 3 CPP 2011), además de establecer los criterios para estimar la autenticidad de los medios de prueba en el juicio oral, como son, el cumplimiento de los procedimientos de gestión, custodia y justificación de sus alteraciones o modificaciones (art. 360.1 CPP 2011), cuyo quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el Tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba (art. 360.2 CPP 2011).

Esta última regulación como ha reconocido algún autor⁵⁵⁴, recogía las actividades esenciales sobre la cadena de custodia, siendo de obligado cumplimiento para todos los intervinientes en la misma, incluso para los particulares, resultando una regulación que garantizaba los estándares jurisprudenciales de derecho comparado⁵⁵⁵, seguridad jurídica y principios del

⁵⁵³ Art. 338 LECRIM “Los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito”. Art. 334 LECRIM “El Juez recogerá el cuerpo del delito y el Secretario extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontrase...”.

⁵⁵⁴ VILLAGÓMEZ MUÑOZ, A. “La intervención de drogas: primeras actuaciones, muestreo, análisis, destrucción, cadena de custodia”, Guía de Intervención del Ministerio Fiscal 2015.

⁵⁵⁵ SSTs 308/2013, de 26 de marzo, 339/2013, de 20 de marzo y 506/2013, de 11 de noviembre, las cuales han reconocido el valor, aunque puramente doctrinal del CPP 2011, expresando que “este texto establecía por vía de principio la obligación de cuantos se relacionan con las fuentes de prueba de garantizar su inalterabilidad, o dejar constancia de las eventuales modificaciones que hayan podido producirse como consecuencia de su depósito, recogida, inspección o análisis. Disposiciones de rango reglamentario estarían

proceso penal, constituyéndose este texto normativo que nunca vio la luz como elemento esencial de lege ferenda sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN.

llamadas a regular un procedimiento de gestión de muestras, cuyos hitos básicos, que habían de documentarse, se reflejaban legalmente: dejar constancia de las circunstancias del hallazgo, personas y lugares que hayan tenido a su cargo la muestra, tiempo y motivo de los sucesivos trasposos, así como detalle de las técnicas que hayan podido aplicarse y el estado inicial y final de las muestras (art. 359)".

CONCLUSIONES

Como hemos mantenido a lo largo de este trabajo de investigación, el objetivo principal es conseguir formular una propuesta de regulación de la cadena de custodia de las pruebas de ADN ante la carencia normativa de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello hemos tenido en consideración el adecuado tratamiento procesal, observando las irregularidades y ruptura de la cadena de custodia, pasando por las soluciones jurisprudenciales y doctrinales vertidas al respecto, intentando conseguir la eficacia probatoria de las pruebas de ADN mediante su garantía-control y bajo los criterios de licitud y fiabilidad en todo el procedimiento.

Este trabajo de investigación ha sido dividido en siete capítulos, correspondiéndose algunos de éstos con las cuatro fases y subfases de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, extrayendo de éstos las siguientes conclusiones en las que exponemos carencias legislativas a la vez que expresamos nuestra propuesta de regulación para una futura normativa en esta materia.

ESTADO DE LA CUESTIÓN, METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Con carácter previo a la identificación y análisis de las cuestiones que hemos planteado a lo largo de esta tesis en relación con la cadena de custodia de las pruebas de ADN, en el capítulo primero hemos expuesto la justificación de este trabajo, la metodología utilizada y los objetivos que pretendemos alcanzar con la misma.

1ª Los estudios realizados sobre la cadena de custodia hasta la fecha actual, tanto a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, nos han permitido conocer cual es el “estado actual de la cuestión”, lo que nos ha llevado a identificar el

problema, que es la falta de regulación o norma específica sobre esta materia. A lo cual hemos tratado de dar solución en este trabajo.

2ª La LECRIM recoge de una forma genérica y vaga la cadena de custodia de las pruebas, en particular el aseguramiento, conservación, manipulación, traslado y entrega de las pruebas a la autoridad judicial, por lo que hemos recurrido a interpretaciones doctrinales, jurisprudenciales y protocolos de actuación no normativos, para conseguir que las muestras de ADN sean declaradas pruebas válidas y sin quebrantamientos o irregularidades de la cadena de custodia, alegadas con tanta frecuencia por las defensas en los procedimientos penales.

3ª El resto de preceptos normativos de nuestro ordenamiento jurídico incorporan procedimientos no homogéneos sobre la cadena de custodia, sin que exista un criterio único que reporte seguridad jurídica a este control de las pruebas de ADN, tan solo el anteproyecto de Código Procesal Penal (CPP) de 2011 reguló específicamente un capítulo dedicado a la cadena de custodia de las pruebas, sin que el mismo llegase a incorporarse al borrador de ley procesal penal de 2013 (CPP 2013), así como tampoco en las últimas reformas producidas de la LECRIM en 2015.

4ª A nivel internacional y en países de nuestro entorno más cercano existen regulaciones poco desarrolladas y similares al nuestro. Por contra, en la mayoría de los países latinoamericanos con mayores dificultades técnicas y jurídicas en la aplicación de estas normas, cuentan con una regulación específica sobre la cadena de custodia adaptada a las exigencias jurídicas actuales.

5ª La doctrina ha criticado y denunciado casi al unísono e igualmente reconocido por la jurisprudencia, la inexacta e insuficiente regulación sobre la cadena de custodia de las pruebas en la actual LECRIM, por lo que en este trabajo hemos abogado por la necesidad de regular una norma específica en esta materia.

6ª La jurisprudencia ha constituido un aporte esencial para la cadena de custodia, estableciendo requisitos para no vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, recogiendo supuestos de nulidad de prueba por incumplimiento de estos requisitos, así como otras irregularidades que aunque no constituyan invalidez de prueba, si afectan a la fiabilidad de las pruebas, por lo que serán rechazadas y no valoradas por los tribunales.

7ª Para conseguir proponer al legislador la regulación de una norma específica sobre esta materia, hemos utilizado una metodología basada en las últimas novedades legislativas, doctrina, jurisprudencia y avances tecnológicos, aportando una mayor fiabilidad, seguridad y control a las muestras de ADN a lo largo de todo el procedimiento de cadena de custodia en las pruebas de ADN.

CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN

Para formular una propuesta de regulación de la cadena de custodia es necesario, en primer lugar, determinar el concepto y la naturaleza jurídica de ésta en general y posteriormente aplicarlo a las pruebas de ADN en particular. Así mismo, hemos desarrollado las finalidades que se persiguen con esta institución procesal, cuyas conclusiones finales se sintetizan en las siguientes.

1ª Primeramente hemos formulado un concepto de cadena de custodia, que recoge todas las características esenciales a las que debe de estar sometida, mejorando su comprensión y régimen jurídico.

2ª La cadena de custodia tiene una gran importancia procesal como garantía de las pruebas y sin embargo ninguna ley procesal la define, por lo que hemos recurrido a otras normas, manuales y pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales para hacerlo.

3ª Hemos establecido que la definición de cadena de custodia, debe contener como mínimo los siguientes elementos; el control, la trazabilidad de las evidencias, la acreditación documental y personal, la mismidad de la prueba, la autenticidad, la integridad, la indemnidad, la legitimidad, la validez, la fiabilidad y la verosimilitud de las evidencias.

4ª La cadena de custodia de la prueba de ADN, materializada como hoja de ruta de la prueba, la hemos definido como procedimiento de garantía-control de la prueba de ADN, de tracto sucesivo y documentado de forma personal, que se aplica a los vestigios biológicos relacionados con el delito, durante su recorrido a través de las cuatro fases sucesivas que conforman este procedimiento.

5ª También la cadena de custodia la hemos asimilado a garantía procesal de las muestras de ADN, porque sirve para controlar y en su caso subsanar cualquier anomalía en el tratamiento de las muestras de ADN, evitando la incorrecta manipulación, contaminación, alteración, sustitución, deterioro o destrucción, de forma que permita siempre la verosimilitud, mismidad y eficacia de la prueba de ADN en el proceso penal.

6ª Sobre su naturaleza jurídica, hemos señalado que no solamente está relacionada con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, sino que además tiene naturaleza jurídica pericial por requerir para su análisis de conocimientos científicos y técnicos muy específicos conforme previene la LECRIM (arts. 456 en relación con el 326.3º) y recoge también la jurisprudencia del TS.

7ª Concluimos el concepto y finalidad de la cadena de custodia, como procedimiento para lograr la garantía-control de las pruebas de ADN, obtenidas y realizadas sucesivamente durante cuatro fases que componen esta técnica procesal, que son; la obtención, el análisis, el tratamiento del dato genético y la fase de remisión al juzgado, depósito o destrucción de las muestras y cancelación

de los datos personales, cuyas operaciones deberán realizarse siempre bajo los criterios de licitud y fiabilidad.

FASE DE OBTENCIÓN DE LAS MUESTRAS DE ADN

La primera fase de la cadena de custodia de las pruebas de ADN o fase de obtención de las muestras de ADN, la hemos subdividido en tres subfases; la primera denominada de localización, hallazgo y recogida de muestras, la segunda de preservación y embalaje, y la tercera de transporte hasta los laboratorios donde serán analizadas, cuyas conclusiones finales expresamos a continuación.

1ª La primera subfase dentro de la fase de obtención en la cadena de custodia, llamada de localización, hallazgo y recogida de las muestras, constituye la etapa más esencial e importante para garantizar la mismidad de la prueba o principal garantía de la prueba según nuestro TS. Pues sin la correcta localización e identificación del hallazgo de muestras, no podrían garantizarse ni controlarse las muestras en las sucesivas fases, además, la ausencia de determinados elementos en la etapa de localización, como podrían ser el lugar exacto de su hallazgo, identificación del perito o primer agente de policía que localizó la muestra, provocaría que la prueba pericial no pueda ser verosímil y se podría llegar a la descalificación total de la pericia.

2ª En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna definición legal de localización, hallazgo y recogida de muestras, a excepción del término jurídico de *hallazgo de cosa mueble* previsto en el artículo 615 de CCi, por lo que hemos adoptado las mismas definiciones de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), por ser suficientemente explícitas para entender estas actuaciones en el ámbito de la cadena de custodia de las pruebas de ADN.

3ª La LECRIM no recoge las tres subfases que hemos apuntado dentro de la fase de obtención de muestras en la forma descrita, ni remite su regulación o desarrollo a otras normas reglamentarias o protocolos específicos. Tampoco otras

normas afines como son la Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), Ley Orgánica 2/1986 (LOFCS), Real Decreto 1608/2005 (ROCSJ), Real Decreto 296/1996 (ROCMF), Real Decreto 862/1998 (RINT) y Real Decreto 769/1987 (RPJ), por tal motivo las operaciones de localización, hallazgo y recogida de muestras realizadas por los Peritos Forenses y Policía Judicial se han adecuado a sus propios manuales profesionales o protocolos de funcionamiento internos, diferenciado los manuales vinculantes como Orden JUS/1291/2010, que aprobó las normas para la Preparación y Remisión de Muestras Objeto de Análisis al INTCF, de los no vinculantes como son los Criterios Generales para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, Normas de Procedimiento, Inspección Ocular de la Comisaría General de Policía Científica, Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil y Recomendaciones para la Recogida y Envío de Muestras con Fines de Identificación Forense.

4ª La Orden JUS/1291/2010 se constituye como la principal norma vinculante de tratamiento de muestras, siendo un protocolo de gran importancia técnico-práctico, sin embargo no prevé ningún precepto específico referente al modo de actuar para aislar y proteger el entorno o lugar donde se encontraron los indicios o muestras a investigar. Por lo que hemos considerado que esta laguna normativa debería suplirse con otros manuales específicos, como son, las Recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de Identificación Forense del GHEP-ISFG de 2 de junio de 2000, los Criterios Generales para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial (aprobado por la CNCPJ el 4/02/1999), Manual de procedimiento de la Inspección Ocular de la Comisaría General de Policía Científica y Manual de Policía Judicial de la Guardia Civil, siempre que éstos cuenten con la suficiente fiabilidad científico-técnica y respeten todas las garantías constitucionales y legales en el proceso de obtención, debiendo tenerse en consideración entre otras normas para un futuro texto normativo sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN.

5ª Los borradores de Código Procesal Penal de 2011 y 2013 no refieren procedimiento específico sobre localización, hallazgo y recogida de muestras,

incluso la regulación de estas actuaciones es más escueta que la LECRIM actual, con la única excepción del art. 357.1 del CPP 2011 que preveía, que todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán realizarse en la forma prevenida en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables, abriendo así la posibilidad de regulación reglamentaria (art. 359.1 CPP 2011), así como adoptando las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad (art. 287 CPP 2013), criterios éstos a tener en consideración en una futura ley sobre esta materia.

6ª Los elementos esenciales mínimos que debería contener una futura norma sobre la cadena de custodia en la primera subfase o de localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN, son:

Primero, todas las actuaciones que realicen la Policía Judicial y los Peritos Forenses, deberán ser autorizadas por el Juez.

Segundo, la cadena de custodia como procedimiento documentado, se realizará mediante el acta de inspección técnico-ocular, detallando la identificación de los agentes actuantes, cronología de la actuación de inicio a fin, descripción de situación del escenario, descripción y ubicación de los indicios o evidencias recogidos, datos conocidos de personas u objetos que hayan estado en el escenario, reportaje fotográfico y croquis siendo enviadas las muestras de forma documentada mediante la llamada *hoja de evidencias de muestras o similar*.

Tercero, las patrullas policiales que acudan en los primeros momentos al lugar se limitarán a realizar operaciones de delimitación y aislamiento de la zona, impidiendo que entren personas extrañas que puedan alterar el lugar, adoptando las medidas convenientes para evitar la contaminación de la escena del hecho, tanto por personas ajenas como por los propios agentes actuantes.

Cuarto, los agentes que realicen las búsquedas y recogida de pruebas del delito deberán ser personal experto titulado de Policía Judicial o Científica, debiendo primeramente filmar en vídeo, fotografiar, cuadricular y dibujar el escenario del crimen, contando con el equipamiento y el instrumental adecuados, como uso de guantes, mascarillas, monos, calzas, gafas, etc., que permiten realizar el trabajo sin riesgo para el especialista y eviten la contaminación de los vestigios.

Quinto, se referenciará y etiquetará individualizado cada vestigio, salvo recogida de elementos comunes y muy numerosos que podrá referenciarse en conjunto, fotografiándose previamente el vestigio, de forma seriada, realizándose una foto de conjunto, para ubicar el vestigio en el lugar donde fue hallado, otra de semiconjunto para relacionarlo con los demás elementos más próximos y otra de detalle para que se puedan apreciar sus características y estado. El número o referencia que se le de a cada muestra en la localización deberá figurar también en el embalaje utilizado para su guarda y transporte.

Sexto, se especificará el estado del tiempo, fecha y hora probables de la comisión del hecho.

Séptimo, se tomará nota de la actuación realizada por cada agente, con el fin de determinar qué objetos fueron desplazados, qué zonas fueron pisadas y evitar evidencias falsas, especificando todos los enseres existentes en el lugar, con expresión de la posición que ocupan, si es la normal o si han sido alterados.

Octavo, los indicios biológicos deben ser los primeros en ser recogidos, debiendo observarse prevenciones higiénico sanitarias evitando la contaminación de las muestras, tales como; usar guantes limpios que deben cambiarse con frecuencia, especialmente cuando se manipulan indicios biológicos susceptibles de tener distinto origen; no tocarse ojos, nariz, mucosas o piel con las manos enguantadas; evitar hablar o estornudar sobre las muestras; usar mascarilla, bata u otro tipo de ropa protectora; utilizar instrumental desechable (de un solo uso)

siempre que sea posible o limpiarlo bien antes de recoger cada indicio biológico; no añadir conservantes a las muestras; dejar las muestras secar a temperatura ambiente, en un lugar protegido, antes de empaquetarlas para su envío definitivo al laboratorio; empaquetar cada muestra por separado; siempre que sea posible, empaquetar las muestras en bolsas de papel o cajas de cartón evitando utilizar plástico; una vez terminada la recogida de muestras, tirar todo el material desechable utilizado en bolsas de basura o contenedores para residuos biológicos.

7ª En la segunda subfase o de preservación y embalaje de las muestras, hemos afirmado que no existe actualmente en nuestra legislación un tratamiento único de preservación de las muestras de ADN, siendo esta diversidad el principal problema para garantizar las muestras, junto con la falta de formación específica de los profesionales en estos procedimientos de preservación de las muestras de ADN.

8ª Al no existir en la LECRIM ninguna referencia de como deben de preservarse las pruebas, medios a emplear, ni siquiera una remisión a normativa específica, provoca errores de embalaje o preservación, afectando a la fiabilidad de la prueba, por lo que hemos estimado que las actuaciones de preservación de las muestras deben adecuarse a las exigencias de la normativa nacional e internacional en materia de embalajes, incluidos los manuales nacionales de la CNUFADN, Policía Judicial, INTCF del Ministerio de Justicia entre otros y especialmente las normas de la Orden JUS/1291/2010. Tampoco los borradores de Código Procesal Penal de 2011 y 2013 regulan como deben de preservarse las pruebas, limitándose a expresar que reglamentariamente se establecerán los procedimientos de gestión y custodia de muestras (art. 359.1 CPP 2011).

9ª Hemos considerado que la normativa que mejor contempla la preservación de las muestras de ADN a nivel nacional son la Orden JUS/1291/2010, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF, que junto con las recomendaciones del GHEP-ISFG del año 2000, para la Recogida y Envío de Muestras con Fines

de Identificación Genéticas, y recomendación GHEP-ISFG de 2007, para la Recogida y Remisión de Muestras con Fines de Identificación Genéticas en Grandes Catástrofes, las cuales deberían tenerse en consideración para la confección de una futura norma sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, que incorporase como elementos esenciales de la preservación y embalaje los siguientes:

Primero, una vez recogidas las muestras, éstas deberán ser preservadas convenientemente mediante el adecuado embalaje, debiendo previamente haberse dejado secar a temperatura ambiente en un lugar protegido y después se empaquetará cada muestra por separado.

Segundo, las muestras biológicas (ADN) se empaquetarán estériles, en bolsas de papel o cartón y nunca de plástico, se cerrarán y se sellarán en presencia del donante si lo hubiere, de forma que en cualquier caso se garantice la cadena de custodia de las muestras obtenidas. El kit de recogida de muestras biológicas estará compuesto de hisopo (papel filtro, mango y extremo), caja soporte e impreso de consentimiento informado el cual debe ser firmado por el donante. Este envase debe estar debidamente rotulado, con indicación de la parte del cuerpo que se extrajo, y con la expresión de “Bio-Peligroso”.

Tercero, en evitación de contaminaciones de las muestras biológicas al envasarlas y manipularlas, se utilizarán pinzas, guantes, cambiándose en cada uso, limpiando con lejía o alcohol inmediatamente después de utilizar tijeras, bisturís u otros utensilios. Las muestras húmedas, líquidas, tejidos blandos y órganos deben mantenerse y transportarse en refrigeración.

Cuarto, se utilizará siempre triple embalaje, compuesto por un recipiente primario estanco en el que se colocará la muestra biológica, de cierre hermético que impida fugas con tapón de rosca reforzado con cinta adhesiva, en caso de líquidos se envolverá en material absorbente en cantidad suficiente para absorber

en caso de derrame, siempre tienen que ir correctamente identificados y con el apartado de cadena de custodia cumplimentado.

El recipiente secundario ha de ser resistente y estanco, utilizando material de relleno para evitar daños por choques o golpes. La envoltura exterior o embalaje externo debe proteger el recipiente secundario de las influencias exteriores durante el transporte y de una posible manipulación, de material sólido, adheridas las señas del destinatario y del remitente así como los adhesivos que exija el transportista sobre su contenido, tales como etiqueta de sustancia infecciosa o de sustancias biológicas perecederas. En la parte exterior de este recipiente irá adherido un ejemplar del formulario de datos relativo a la muestra, así como cartas y demás material informativo que permitan identificarla o describirla. Los otros dos ejemplares son para el laboratorio receptor que lo recibirá con suficiente antelación por correo y para el expedidor.

Quinto, la rotulación o marcación del envase externo que contengan muestras de ADN, debe contener el nombre de la sustancia (sangre, saliva, sudor, piel, uñas, huesos o cabellos), seguida de los números UN 3373 para sustancias biológica normal (categoría B) y UN 2814 o UN 2900 para sustancias biológicas infecciosas que afecta a los seres humanos o los animales respectivamente (categoría A), además de estampar cualquier otra rotulación de interés como; nombre y número de teléfono del expedidor y responsable; advertencias sobre el peligro o cualquier otra recomendación, independientemente de las etiquetas obligatorias que reseñaremos a continuación.

Sexto, la documentación de remisión de muestras incluirá datos esenciales como solicitante, asunto, estudio solicitado, sujeto de estudio, objeto a analizar, órgano judicial o unidad que lo solicita, fecha y lugar de recogida, delito investigado, circunstancias en que fue recogido, así como cuantos extremos se estimen de interés para la muestra y cadena de custodia, estableciendo unas precauciones para evitar la contaminación y degradación del ADN, dejando

constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras.

10ª El transporte constituye la tercera etapa de la fase de obtención de las muestras de ADN en la cadena de custodia, subfase ésta que hemos diferenciado de las dos anteriores por necesitar de un tratamiento distinto y especializado al realizarse en ocasiones por transportistas ajenos a la investigación criminal y con medios o instrumentos fuera del control directo de la Policía Judicial o Peritos Forenses. Por lo que en esta etapa requerirá de unas medidas especiales que eviten la fractura de este procedimiento de garantía-control, o perjudique el resultado final de toda evidencia, que no es otro que constituirse como prueba en la vista judicial.

11ª Nuestra LECRIM tampoco regula de forma explícita el concepto de envío o transporte de muestras, si bien reconoce su existencia en los arts. 338, 282, 770.3ª, 778.3 y 796.1.6ª LECRIM, y menos aún regula un procedimiento adecuado que garantice la cadena de custodia de las muestras durante el envío o transporte. Tampoco los borradores de CPP de 2011 ni CPP de 2013 hacen alusión al concepto ni régimen jurídico del transporte de muestras y menos del transporte de las muestras de ADN, por lo que debemos recurrir una vez más a la Orden JUS/1291/2010 de recomendaciones sobre remisión de muestras al INTCF.

12ª Además de los criterios recomendados en la Orden JUS/1291/2010, la cadena de custodia debe completarse con los propios documentos de la legislación de transportes, como la carta de porte y el propio contrato, o incluso el llamado “documento de expedición” de la Instrucción 12/TV-73 de la DGT de 30-11-2012, sobre realización de pruebas de detección de estupefacientes y otras sustancias análogas, para mejorar el control de las muestras de ADN, cuyos medios utilizados deberán ser fiables, seguros e incluirse en una futura norma sobre la cadena de custodia que recoja como mínimo los siguientes elementos:

Primero, los envíos se realizarán siempre que fuese posible directamente por medios de locomoción propios de la Policía Judicial y Medicina Forense, y en defecto de éstos por paquete postal mediante el servicio postal universal o por agencias privadas de transportes, adecuándose a la normativa específica según composición, peligrosidad de las muestras y medio de transporte empleado, de tal forma que se garantice siempre la fiabilidad de los medios de transporte utilizados.

Segundo, cuando se sospeche que las muestras de ADN puedan ser infecciosas o peligrosas, su transporte deberá estar sujeto a regulación especial en materia de transporte de materias peligrosas e infecciosas y adaptada al tipo de transporte terrestre, aéreo, marítimo, ferrocarril y postal, sobre embalajes, rotulado, sellado y etiquetado garantizando la cadena de custodia mediante la cumplimentación de cualquiera de los documentos de envío, expedición, carta de porte, carta de a bordo, carta de vagón y de embarque, debiendo figurar si el embalaje ha sido aprobado por la autoridad competente, nombre, dirección del expedidor, firmas del expedidor y agente operador, información sobre la materia transportada, número ONU, documentación técnica y de embalaje, sin los cuales el transportista no aceptará el envío.

Tercero, para el resto de transporte de muestras de ADN no infecciosas, la expedición contará con el acompañamiento de dos formularios normalizados, los cuales se denominarán, de remisión de muestras y de remisión de paquetes de muestras, junto con el oficio de las autoridades judiciales, gubernativas, ministerio fiscal y médicos forenses que solicitaron el estudio de análisis. El primer formulario de *remisión de muestras* será remitido por Médico Forense, Policía Nacional, Guardia Civil y policías autonómicas, e irá entre los embalajes secundario y exterior, debiendo contener datos del solicitante, del asunto que se investiga, estudios solicitados, sujetos del estudio, muestras y cadena de custodia donde se registrarán todos los intervinientes, nombre, DNI, fecha, hora, actividad de custodia y firma. Mientras que el segundo o formulario de *remisión de paquetes de muestras*, incluirá los datos del envío y de cadena de custodia entre

el organismo remitente y el laboratorio acreditado. Dicho formulario deberá ir en el embalaje exterior en un compartimento visible y en un sobre debidamente protegido para evitar su contaminación o deterioro.

También estos formularios podrán ser enviados por correo postal o por correo electrónico y serán perfectamente compatibles con el resto de documentos de transporte de la legislación de transportes de mercancías, al objeto de un mejor control de las muestras en la cadena de custodia al responsabilizarse de la custodia del transporte el porteador durante la expedición de conformidad con la Ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, la cual obliga a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino, de conformidad con lo estipulado en el contrato, en esta ley y mediante la carta de porte.

Cuarto, la carta de porte del contrato de transporte no sustituirá a los documentos que sobre la cadena de custodia confeccionen la Policía Judicial y Médicos Forenses, si bien constituye una garantía más de la cadena de custodia de las muestras durante la subfase de transporte realizada por agencias privadas de transportes. En la carta de porte, en el supuesto de permitirse el transbordo de la mercancía deberán inscribirse todos los datos del nuevo porteador y mismas responsabilidades que el primero, entregando la mercancía en el lugar, hora y plazo convenido, debiendo figurar una lista de documentos entregados al transportista, tales como formularios, informes y documentos de custodia. Al destinatario se le debe de entregar siempre el segundo ejemplar de la carta de porte, independientemente de la obligación de éste de expedirle un recibo de la mercancía y solicitar al porteador que además de la carta de porte física sea remitida al cargador y destinatario una copia por medios electrónicos con arreglo a la legislación vigente.

FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN

El adecuado control de la cadena de custodia de las muestras de ADN en la segunda fase o de análisis, desde que entran en el laboratorio para ser analizadas extrayendo el perfil de ADN hasta que salen de éste, siendo depositadas o consumidas totalmente en este proceso, requerirá que los análisis se realicen en laboratorios acreditados de conformidad con la norma ISO/IEC 17.025, por la CNUFADN, bajo los criterios de licitud y fiabilidad y mediante la correcta manipulación de las muestras por todo el personal que realiza alguna de estas tareas de extracción de perfiles de ADN, llegando finalmente a las siguientes conclusiones:

1ª Hemos establecido que para garantizar la cadena de custodia de las muestras de ADN en su fase de análisis, estas actividades deben estar definidas en nuestra ley procesal, a lo que la LECRIM no contribuye, pues tan sólo se limita a prever la facultad que posee el Juez para ordenar el análisis químico de muestras biológicas para determinar su perfil de ADN del sospechoso en casos absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial (artículo 363 LECRIM), y con carácter general para resto de muestras distintas de ADN en los artículos 778.3, 479 y 796.1.6ª y 7ª LECRIM.

2ª Ante la carencia en nuestro ordenamiento jurídico de lo que son los análisis de ADN y al objeto de su inclusión en una futura regulación sobre la cadena de custodia, hemos señalado que el análisis de ADN es el procedimiento de obtención de información y datos identificativos de una persona a partir de su ADN, basándonos para ello en la nomenclatura adoptada por la Decisión Marco 2009/905/JAI que lo define como “cualquier medida adoptada en un laboratorio al localizar y recuperar huellas sobre elementos, así como realizar, analizar e interpretar las pruebas forenses con el fin de aportar dictámenes de expertos o de intercambiar pruebas forenses”.

3ª Hemos mantenido en esta segunda fase de la cadena de custodia sobre los análisis de ADN, que también debe realizarse bajo criterios de licitud y fiabilidad en el tratamiento y control de las muestras de ADN, respetando los

derechos fundamentales, esencialmente el derecho a la intimidad, así como los requisitos de acreditación de laboratorios, control de su personal y correcta observación de la normativa o protocolos existentes en esta materia.

4ª También hemos recomendado que mientras no se desarrolle una normativa específica sobre la cadena de custodia de las muestras de ADN, la fase de análisis debe adecuarse a la normativa vigente en aquello que le sea de aplicación y especialmente los protocolos técnicos oficiales sobre análisis de las muestras en los laboratorios acreditados por la CNUFADN (RD 1977/2008), norma internacional UNE-EN 17025, RD 32/2009, RD 862/1998, D.M. 2009/905/JAI, Orden JUS/1291/2010, Recomendaciones del GEP-ISFG, Procedimientos Normalizados de Trabajo del INTCF, Normas de Procedimiento y Actuación de la Comisaría General de Policía Científica del CNP, Procedimiento General PG-07 del Servicio de Criminalística de la GC y otros específicos de los cuerpos de seguridad autonómicos.

5ª Finalmente hemos concluido expresando que de la normativa y protocolos anteriormente reseñados, se debe extraer la necesidad de unificar los criterios de manipulación de las muestras de ADN y su control mediante la cadena de custodia, garantizando ésta mediante formularios digitales del aplicativo “LIMS” (Sistema de Gestión de la Información del Laboratorio), controlando en todo momento los movimientos y operaciones que se realizan sobre vestigios/muestras, desde su recepción en los laboratorios hasta su destrucción, devolución o custodia indefinida, quedando registrada en este sistema informático todos los datos pertinentes (usuarios, referencias, fechas, hora, incidencias, etc.), así como la identificación de las personas que participan en dichas acciones, debiendo estar consignados en todos los documentos y acompañar o incorporar siempre al informe pericial final que se entregará a la Autoridad Judicial.

FASE DE TRATAMIENTO DEL DATO.

La tercera fase de la cadena de custodia está representada por la fase de tratamiento del dato genético, siendo la más compleja, porque no solamente deben controlarse las muestras biológicas objeto de análisis químicos, sino también los datos genéticos obtenidos, junto con las bases de datos que los contienen.

Estas bases de datos o archivos informáticos, presentan una serie de problemas no resueltos totalmente por el legislador respecto a su control mediante la cadena de custodia, por lo que en este trabajo hemos identificado estos problemas y propuesto un resultado satisfactorio para garantizar que los datos sean tratados de forma lícita y fiable, distinguiendo entre datos genéticos y muestras biológicas, los cuales nos han conducido a las siguientes conclusiones:

1ª Los datos genéticos y sus ficheros al igual que las muestras biológicas de las que se extraen, también deben de ser garantizados mediante la cadena de custodia, pues ambos están sujetos a manipulación, alteración, pérdida o sustitución por las personas que los gestionan.

2ª Para garantizar los datos genéticos dentro de la llamada fase de tratamiento de datos de ADN, hemos definido los datos genéticos como; todas las informaciones o datos, cualquiera que sea su clase, referentes a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario dentro de un grupo de individuos emparentados, obtenida por análisis de los ácidos nucleicos u otros análisis científicos, diferenciándolos de las muestras biológicas o materia orgánica susceptibles de ser analizadas genéticamente, del que se extraerá el perfil genético o código de barras que representa las características identificativas de la parte no codificante de una muestra de ADN, que serán almacenados en ficheros automatizados o informatizados como datos genéticos.

3ª Por su gran importancia procesal hemos separado y singularizado los datos genéticos respecto de otros datos personales de salud especialmente protegidos o sensibles, debiendo incluirse *sui generis* como datos genéticos,

modificándose así la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y resto de normativa nacional, siguiendo la Declaración Internacional de la UNESCO sobre Datos Genéticos Humanos de 2003 y Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

4ª Ni la LECRIM ni la Ley 15/1999 de protección de datos recogen los conceptos de tratamiento de datos genéticos, ni bases de datos de ADN, reconociendo estas normas sólo el tratamiento de datos personales con carácter general. Por lo que hemos considerado que estas normas debieran ajustarse o modificarse en conformidad con la Decisión Marco 2008/977/UE, que contempla el tratamiento del dato genético como “realización de un conjunto de actividades, tales como la inclusión, organización, consulta, comparación, bloqueo, supresión o destrucción del perfil en la base de datos genéticos humanos”, aplicable también a la LO 10/2007, reguladora de bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

5ª Consideramos que la fiabilidad del tratamiento de datos genéticos en su incorporación o extracción de las bases de datos policial de ADN, ha de llevarse a cabo por personal cualificado y utilizando un software adecuado para intercambio de datos como CODIS, IDNADEX o National Network for DNA Match Information Exchange, reduciéndose de este modo la probabilidad de errores, contribuyendo estas operaciones a mejorar el control-garantía de los datos y sus bases de datos.

6ª Hemos señalado que los perfiles que figuran en las bases de datos de ADN presentan algunos problemas a la hora de ser garantizados mediante la cadena de custodia, ya que éstos figuran en los archivos policiales eternamente mientras no se solicite su cancelación por los interesados de conformidad con el artículo 9 de la L.O. 10/2007.

Además mientras estos datos obtenidos del ADN se encuentren en los archivos policiales, presentan riesgos graves para el afectado como son; el comprometer la intimidad genética propia y la de sus familiares; posibilidad de utilizarse para la determinación del origen étnico del sujeto, la cesión de dichos datos al Centro Nacional de Inteligencia sin limitación alguna; riesgo de tráfico ilegal de datos por parte de los propios funcionarios que tienen acceso a la base de datos e incluso la posibilidad de fallos de seguridad informática que permitan el acceso a la información por parte de terceras personas no autorizadas; así como el intercambio de perfiles de ADN con terceros Estados, multiplicando a su vez los riesgos anteriormente aludidos; así como la manipulación durante el tratamiento posibilitando la confusión, suplantación y sustitución de perfiles de ADN por los de otra persona que conllevaría a gravísimos errores judiciales.

7ª Hemos llegado a la conclusión que todas las precauciones que se tomen sobre el adecuado tratamiento de los datos genéticos y bases de datos, redundarán en beneficio de la cadena de custodia, pues el correcto tratamiento de los datos de ADN está estrechamente relacionado con ésta, por cuanto ambos procedimientos se solapan al tratar de controlar y garantizar correctamente los datos de ADN, siendo aplicables a ambos cualquier nueva medida técnica que pueda mejorar su tratamiento y control.

8ª En este trabajo hemos denunciando que la Ley Orgánica 10/2007 no prevé disposición alguna sobre la cadena de custodia de los datos obrantes en la base de datos de ADN, tampoco la cancelación de oficio de dichos datos, ni el destino final que debe dársele a las muestras o vestigios de ADN de las que se ha extraído el perfil, no indicando los motivos bajo los cuales el Juez puede tomar la decisión de su destrucción y hasta cuando pueden conservarse. Respecto a este último aspecto la CNUFADN por Acuerdo de 16-05-2012 dio una solución a la que nos hemos sumado, en la que se propuso que los datos se conserven mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos, y en todo caso, la cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, conllevando la eliminación del perfil de ADN, así como la

destrucción de las muestras biológicas originales, dando por finalizado en este momento el control-garantía de los datos genéticos. Similar procedimiento fue incluido en el anteproyecto CPP de 2011 (art. 266.4), donde se preveía la destrucción de la muestra una vez incluido el perfil en la base de datos policial.

9ª Finalizamos esta fase concluyendo que hasta la fecha actual, la CNUFADN no ha establecido criterio alguno para garantizar los datos de ADN mediante la cadena de custodia, si bien está trabajando en ello, por lo que tan sólo ha reconocido que el INTCF, laboratorios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y otros laboratorios acreditados poseen procedimientos específicos, pero carentes de eficacia jurídica para controlar los datos genéticos, los cuales deberán ser complementados con las nuevas medidas a observar por el personal responsable o encargado de la custodia de datos personales, así como condiciones que han de cumplir para que su tratamiento sea lícito según la Directiva (UE) 2016/680 y Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales.

FASE DE REMISION, DEPÓSITO Y DESTRUCCIÓN DE PRUEBAS DE ADN

Hemos concluido afirmando que el procedimiento de control de las muestras de ADN debe garantizarse finalmente hasta su remisión al juzgado, conservación, depósito y/o destrucción de las muestras de ADN, siendo esta última etapa, la que hemos denominado como cuarta fase o fase final de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, así lo ha entendido también parte de la doctrina y algunos manuales de Policía Judicial e INTCF, cuyas conclusiones finales sintetizamos a continuación.

1ª La falta en España una regulación específica sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, se ve acrecentada en esta fase de remisión al juzgado, depósito y destrucción, tanto de las piezas de convicción que portan muestras biológicas de ADN, como de los resultados de los análisis, incluidos los perfiles y datos de ADN existentes en las bases de datos, por lo que hemos considerado

necesario motivar una propuesta legislativa en esta materia procesal que incluya las operaciones de remisión, depósito y destrucción de las pruebas de ADN.

2ª La LECRIM es bastante escueta a la hora de regular la forma en que deben remitirse al juzgado los efectos, instrumentos, pruebas del delito, vestigios, muestras, análisis de sustancias e informes periciales resultantes, limitándose a prescribir que se enviarán al juzgado por componentes de la Policía Judicial, Peritos, Médicos Forenses o laboratorios correspondientes (arts. 282.1, 770.3ª y 796.1.6ª LECRIM).

3ª Hemos apuntado respecto a la remisión de informes al juzgado, que la LECRIM sólo establece que los resultados de los análisis de sustancias aprehendidas, se realicen por el medio más rápido (art. 796.1.6ª), en el plazo que señale el Juez (art. 778.3), y debiendo garantizarse las muestras objeto de análisis y resto de pruebas su autenticidad, integridad y cadena de custodia (arts. 326. 3º, 338, 770.3ª, 796.1.7ª.2º).

Del mismo modo la LO 10/2007, sólo prevé que la remisión y cesión de datos de ADN a las Autoridades Judiciales y Fiscales se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia (art. 6 y 7), siendo de aplicación directa para estos cometidos la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

Para suplir dichas carencias normativas hemos utilizado diversos protocolos de actuación no normativos que ayudarán a controlar la remisión de las pruebas de ADN a la autoridad judicial, como son los procedimientos del INTCF y de Policía Científica, de los cuales hemos extraído los siguientes cometidos que deberán ser tenidos en cuenta en una futura regulación sobre la cadena de custodia:

Primero, los datos e informes periciales de ADN, estarán sujetos a un sistema de calidad gestionado por una aplicación informática denominada Gestión Integral del Laboratorio (Sistema LIMS).

Segundo, dichos informes serán enviados por los laboratorios, primeramente por correo postal en soporte papel a la unidad de Policía Judicial solicitante, quienes una vez grabado el hecho en un aplicativo informático del servicio, lo remitirán a su vez al juzgado de referencia.

Tercero, las remisiones tanto de las piezas de convicción como de los informes resultantes de los análisis de ADN deberían ser acompañados con los formularios de remisión de paquetería (Anexo II) y de remisión de muestras (Anexo I) cumplimentados con todos los requisitos previstos en el art. 3 de la Orden JUS/1291/2010, de remisión de muestras al INTCF.

Estos formularios junto con otros expresados en esta tesis, deberán refundirse en un documento único de carácter obligatorio y vinculante para todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, INTCF, Médicos Forenses y resto de laboratorios acreditados, debiendo éste plasmarse en una futura norma sobre la cadena de custodia de las pruebas de ADN, dando así seguridad jurídica al procedimiento de control-garantía de las pruebas de ADN.

4ª Hemos señalado respecto al depósito de las pruebas, que la LECRIM establece de forma genérica, que los instrumentos, armas y efectos se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito (art. 338), sin embargo la LECRIM no regula la forma y requisitos en que deben de realizarse el depósito, la custodia y la conservación de las pruebas.

Ante esta carencia de la LECRIM, hemos recomendado que de forma subsidiaria se apliquen el RD 2.783/1976, de creación de depósitos judiciales únicos, con el fin de conservar de modo unificado las piezas de convicción,

Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1983, que prevé los cometidos de estos depósitos, así como las operaciones más necesarias para garantizar en todo momento la custodia de las piezas de convicción, y que sobre las pruebas de ADN estaría limitado exclusivamente a prendas de vestir, armas y otros objetos que hubiesen albergado muestras biológicas susceptibles de análisis de ADN, pues las muestras orgánicas no consumidas en las operaciones de análisis, así como perfiles y datos de ADN obrantes en bases de datos se conservarán en los propios laboratorios acreditados de conformidad con LO 10/2007.

Esta última Ley Orgánica no expresa la forma en la que estos datos deben conservarse, si bien, previene que la Policía Judicial, adoptará todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia (art. 6), por lo que hemos considerado una vez más, que debemos apoyarnos en los procedimientos del INTCF y de Policía Científica para dar soluciones a estas carencias normativas, cuyos enunciados prevén que para preservar los vestigios/muestras de ADN, se conservarán adecuadamente en el laboratorio, y su estado y lugar de depósito se hará constar en la aplicación LIMS, con las máximas garantías de seguridad y preservación, de forma que la cadena de custodia quede garantizada.

5ª Tampoco la LECRIM expresa procedimiento alguno sobre la destrucción específica de las pruebas de ADN, ya sean evidencias, muestras biológicas, perfiles o datos existentes en las bases de datos de ADN, a excepción de la destrucción y realización anticipada de efectos judiciales con carácter general y para estupefactos en particular (art. 367 ter). Así mismo la LO 10/2007 no prevé la destrucción de las muestras biológicas de las que se extraerán los perfiles y datos de ADN.

Ante esta carencia normativa y para finalizar la cadena de custodia de las pruebas de ADN con la destrucción de éstas, hemos propuesto utilizar el mandato del anteproyecto de CPP de 2011 que preveía específicamente que, “una vez extraídos e inscritos en la base de datos policial los datos identificativos del investigado, se dispondrá la destrucción de las muestras”, así como que “las

muestras halladas en el lugar del delito, en el cuerpo o en las ropas de la víctima se conservarán con las debidas garantías de seguridad hasta que su destrucción sea acordada por la autoridad judicial” (art. 266.4 y 5 CPP 2011), o hasta sentencia firme o prescripción del delito (art. 266.5).

6ª La LO 10/2007, prevé la cancelación de los datos resultantes del análisis del ADN existentes en la base de datos policial, con la limitación de no cancelarse mientras sean necesarios para finalizar una investigación criminal, identificación de cadáveres o averiguación de desaparecidos (art. 9.2 en relación con el art. 3.1 de LO 10/2007). Sin embargo se debería de modificar dicha ley al objeto de introducir la cancelación automática de los datos de ADN y destrucción también de restos biológicos, una vez hubiese prescrito el delito o hubiese finalizado el procedimiento judicial mediante sentencia absolutoria o sobreseimientos libres, debiendo los Abogados de Justicia, comunicar dichas resoluciones a los laboratorios acreditados y centros de conservación de datos policiales de ADN a tal fin.

7ª Por último, hemos propuesto que tanto la destrucción de las muestras biológicas, como la cancelación de los datos de ADN, deberán quedar constatados en el acta de destrucción o cancelación que se conservará en el expediente a disposición de la Autoridad Judicial como garantía del destino final dado a las mismas, finalizando así el procedimiento de cadena de custodia de las pruebas de ADN.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LAS PRUEBAS DE ADN

No podemos finalizar este trabajo en beneficio de una futura regulación sobre la cadena de custodia, sin aportar a ésta el adecuado tratamiento procesal, identificando irregularidades, así como incorporando soluciones jurisprudenciales y doctrinales al respecto, las cuales nos han permitido establecer unos requisitos esenciales para que las impugnaciones prosperen adecuadamente, mejorando así

la correcta cadena de custodia de las muestras de ADN, cuyas conclusiones finales expresamos a continuación.

1ª Hemos establecido que la cadena de custodia de las pruebas de ADN como procedimiento instrumental que garantiza la mismidad de la prueba, podrá ser impugnada por cualquiera de las partes en el proceso penal, siempre que la prueba ofrezca dudas razonables de autenticidad, inalterabilidad e indemnidad, por infracción de este procedimiento, bajo los argumentos de vulnerar derechos fundamentales y procesales como derecho a la prueba, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2ª Hemos concluido reconociendo que las simples irregularidades en la cadena de custodia no constituyen, por sí, vulneración de derecho fundamental alguno. En todo caso, esta vulneración de derechos vendrá dada por el hecho de admitir y dar valor el Tribunal a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa.

3ª Hemos mantenido que la rotura de la cadena de custodia no tiene como efecto la ilicitud de la prueba, sino la menor, mayor o nula fiabilidad del resultado de la pericia, pudiendo así afectar a la credibilidad del análisis de ADN, pero no a la validez del mismo, porque lo que se cuestiona no es la nulidad de la prueba, sino su fiabilidad, mismidad, autenticidad o indemnidad, y por ende su eficacia procesal.

4ª Hemos reconocido que existen dos tipos de infracciones de la cadena de custodia de ADN: infracciones que no afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o irregularidades no invalidantes; e infracciones que afectan a la fiabilidad de la prueba de ADN o irregularidades invalidantes, donde las primeras si podrían ser valoradas por el Tribunal, mientras que las segundas no, al existir dudas sobre su fiabilidad y autenticidad como fuente de prueba, siendo declaradas nulas y sin efectos.

5ª Hemos llegado a confirmar que la nulidad de las pruebas de ADN por infracciones en la cadena de custodia, requerirá que los restos biológicos sean declarados inútiles a efectos del proceso penal, por haber sido manipulados o contaminados, cuyas infracciones consistirán principalmente en no seguir los protocolos, procedimientos de seguridad y conservación establecidos para su control y custodia por las personas autorizadas para ello.

6ª Para impugnar irregularidades de la cadena de custodia, no se debe esperar al juicio oral para alegarlas, sino que en cuanto se tenga conocimiento de éstas y en cualquier estadio del procedimiento, deben ser alegadas por las partes de conformidad con la LECRIM. Sin embargo para que la impugnación surta efectos o prospere convenientemente, hemos establecido los siguientes requisitos: debe existir evidencia de ruptura o prueba de manipulación efectiva, que la impugnación se presente en el momento procesal hábil y que contenga un argumento preciso o criterio estricto, claro y razonado.

7ª Ante la inexactitud de la LECRIM sobre la impugnación de la cadena de custodia, hemos recurrido a la regulación ofrecida en el anteproyecto de CPP de 2011, el cual preveía que todas las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación de los hechos delictivos serán debidamente custodiadas a fin de asegurar su disponibilidad en el acto del juicio oral con los efectos que esta ley estableciera, regulando que la cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba, alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras, además establecía los criterios para estimar la autenticidad de los medios de prueba en el juicio oral, como son el cumplimiento de los procedimientos de gestión, custodia y justificación de sus alteraciones o modificaciones, cuyo quebrantamiento será valorado por el Tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba.

8ª Finalmente hemos concluido afirmando que, ante la falta de una regulación adecuada sobre el tratamiento procesal en esta materia, donde las

infracciones o irregularidades tienen una actuación no idéntica por la doctrina y jurisprudencia, declarando éstas en ocasiones la presunción de veracidad a las aportaciones de la Policía Judicial y la presunción de que no existe manipulación salvo prueba en contrario, hacen necesario una regulación específica en esta materia que de seguridad jurídica, sirviendo como referencia el anteproyecto de CPP de 2011 que recogía las actividades esenciales sobre la cadena de custodia, siendo de obligado cumplimiento para todos los intervinientes en la misma, incluso para los particulares, resultando ser una regulación que garantizaba los estándares jurisprudenciales de derecho comparado, seguridad jurídica y principios del proceso penal, además de todos los enunciados propuestos a lo largo de esta tesis.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

ABEL LLUCH, X., “La prueba pericial”, Editorial Bosch, 2009.

ADOL WACH, " Manual de Derecho Procesal Civil". 1885.

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, “Sistema y Criterios para la Apreciación de la Prueba”, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, 1945, núm. 2.

ALEC JEFFEYS, “Huella genética”, Universidad Leicester (Gran Bretaña 1984).

ALONSO ALONSO, A, “ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos”. Publicado por Servicio de Biología, INTCF, Madrid 2011.

ALONSO PÉREZ, F “Medios de investigación en el proceso penal”, ed. Dykinson, Madrid 1999.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. I., “La prueba de ADN en el proceso penal”, Comares. Granada 2008. “Introducción a la prueba de los marcadores de ADN” y “La prueba por marcadores de ADN”, Ponencia 22-05-2013 Madrid. Fiscal.es. 2013. “El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada. La coactividad en la toma de muestras”, en La Ley Penal, núm. 102, mayo-junio 2013. “La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas. Ponencia 28-05-2014 Madrid, Fiscal.es. 2014. “El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 34/2011.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.”Derechos fundamentales y protección datos genéticos”, Madrid: Dykinson (2007).

ANDRADAS, J., "Uso de la tecnología del ADN en la policía española". La prueba del ADN en Medicina Forense, (dir. Martínez Jarreta B.), ed. Masson, Barcelona, 1999.

ANGULO ARANA, P., "La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal. Lima (Perú), Gaceta Jurídica S.A. 2006.

ARMENTEROS LEON, M., "Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y prueba en el proceso penal", Diario La Ley nº 6738 de 19-06-2007.

ASENCIO MELLADO, J. M., "Prueba prohibida y prueba preconstituida". Trivium. Madrid 1989.

AULLO, M., "El estado actual de la Legislación española y otros países de nuestro entorno en lo relativo a las pruebas de identificación mediante el empleo de sondas de ADN". Jornada de trabajo del 22 de enero de 1993 de la ISFG.

BAETA BAFALLUY, M. "Extracción y obtención de ADN a partir de fluidos y tejidos biológicos", Centro Investigación Lascaray Ikergunea, Universidad del País Vasco, Vitoria.

BUND-LÄNDER-ARBEITSGRUPPE, "GENOMANALYSE: bschluBberich", Bundesanzeiger, 1990, mai, núm. 161a.

BRUNS, DAVID S., ASHWOOD, EDWUARD R., BURTIS, CARL A., "Fundamentals of Molecular Diagnostic", 2007 Elsevier Health Science.

CABEZUDO BAJO, M. J., "Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo", Revista General de Derecho Europeo, nº 25, octubre 2011. "La obtención transfronteriza de las pruebas de ADN". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 40. Madrid, septiembre de 2011. "La regulación del uso

forense de la tecnología del ADN en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas". Revista General de Derecho Procesal nº 26, 2012. "El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito", La Ley, Madrid, Junio 2012. "Las bases de datos policiales de ADN. ¿Son una herramienta eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?", Dykinson, Madrid 2013.

CAMPOS CALDERÓN, J. F., "Cadena de Custodia de la Prueba", Campos Calderón, F. Editorial Continental, San José (Costa Rica) 2002.

CANO SUÁREZ, B. G., "La cadena de custodia en el Código Procesal Peruano", FIGUEROA NAVARRO, C., "La cadena de custodia en el Proceso Penal", Edisofer SL, Madrid 2015.

CARRACEDO ÁLVAREZ, A. y PESTONI M. C., "La valoración de la prueba del ADN en criminalística", Vol. 1, 1997. "Aspectos éticos del uso de la prueba de ADN con fines forenses", 1998.

CARRACEDO ÁLVAREZ, A., "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales". Revista de derecho y genoma humano, nº 8, 1998.

CARUSO FONTÁN, V. "La responsabilidad penal de los encargados de bases de datos de ADN frente a la cesión de información contenida en los registros". Revista de Derecho Penal núm. 40/2013.

CASTILLEJO MANZANARES R., "La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal", La Ley, Nº 8213, Sección Doctrina, 17 de Diciembre de 2013. CNUFADN, Actividades de 2014, sobre "Discusión de los procedimientos de custodia de muestras tras los análisis periciales de ADN".

CUADERNOS de Derecho Judicial, “Tratamiento procesal de la pericia médica en el proceso penal”, CGPJ 1993. págs. 9 a 43.

CUADERNOS de Derecho Judicial, “La prueba obtenida ilícitamente, doctrina del árbol envenenado”, CGPJ 1997, págs. 499 a 516.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. “Manual de derecho informático”, 10ª Ed. Aranzadi 2008.

DE ANTÓN Y BARBERÁ, F. y DE LUÍS Y TURÉGANO, J. V., “Policía Científica”, Volumen I, 5ª edición. Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

DEL AMO RODRÍGUEZ, A., BARROSO VILLARREAL, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, A. I., y FIGUEROA NAVARRO, C., “La cadena de custodia en el Proceso Penal”, Edisofer SL, Madrid 2015.

DEBRA G.B., LEONARD “Molecular Pathology in Clinical Practice”, 2007 Springer Science Bussiness Media, LLC. New York (USA).

DEL OLMO DEL OLMO, J. A. “Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el ADN”, La Ley, Madrid, 2011. “Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN”, Revista La Ley Penal, nº 91, marzo 2012.

DEL POZO PÉREZ, M., “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, Revista General de Derecho Procesal, nº 30, 2013.

DOLZ LAGO, M. J., “La prueba pericial científica”, Ed. Edisofer SL, Madrid 2012. “La cadena de custodia de las muestras biológicas. La identificación genética”, Curso “La cadena de custodia”, CEJ, Madrid, 26 y 27 junio 2014. “Caso Bretón: asesinato de sus hijos en Córdoba y simulación de delito”, Diario La Ley, nº 8389, Octubre 2014.

DUTELLE, ARIC W. “Criminal Investigation”, 4 th Edition. Burlington – Massachusetts 01803 EEUU. 2013.

EIRANOVA ENCINAS, E., “Cadena de custodia y prueba de cargo”, Diario La Ley, nº 6863, Enero 2008.

ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., “Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal”, Editorial Comares, Granada 2000. “La Ley 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores de ADN”, Diario La Ley, núm. 6901, marzo de 2008.

EVANS, Mary Margaret and STAGNER, Pamela A., “Maintaining the chain of custody evidence handling in forensic cases”, AORN Journal, Volume 78, Issue 4 October 2003.

FÁBREGA RUÍZ, C.F.: “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la huella genética y su valoración judicial”, Diario La Ley 1999.

FANFAN ESPUNY, M. J., “Introducción a la tecnología del ADN aplicada al laboratorio forense”, Revista Estudios Jurídicos, ISSN-e 1888-7740, nº 2004, 2004.

FERNÁNDEZ DE SIMÓN, L., “La recogida y envío de muestras al laboratorio con fines de identificación genética (Mesa Redonda), Curso sobre avances y aplicación de las técnicas de ADN en la Biología Forense, Monografía de actividades del CEJ. Ministerio de Justicia, 2004. “Estándares de toma de muestras al laboratorio con fines de identificación genética forense”, Boletín Galego de Medicina Legal Forense, nº 20, enero 2014. “La cadena de custodia en los análisis de identificación genética”, INTCF. Madrid 2015.

FERÁÑDEZ DE SIÓN LORO, L., JUANAS MARTÍN, M. T., y FIGUEROA NAVARRO, C., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015 (Capítulo II.4 La cadena de custodia en los laboratorios oficiales de Criminalística y Ciencias Forenses).

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., Diccionario Jurídico Aranzadi, 6ª ed., 2012.

FIGUEROA NAVARRO, C, “Los análisis de ADN en la LECRIM”, La Ley Penal nº 4, abril 2004. “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”. Revista La Ley nº 84. 2011. “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E, “Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Ediciones Taurus 1972. Pag.14 Groethuysen “ Philosophie du la Revolution Francaise”, París 1956.

GARCÍA FERNÁNDEZ, O., ALONSO A., “Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento de investigación policial”. Comares, Bilbao-Granada, 2002.

GARCÍA MATEOS, J. A., “La cadena de custodia aplicada a la informática I”, Cuadernos Técnicos, 12-07-2013. Blog del Perito Informático Forense. <http://www.informaticoforense.eu/la-cadena-de-custodia-aplicada-ii/>.

GARMENDI P. M., GARCÍA-ROJO, M. y OTROS, "Autopsia médico-legal. Métodos complementarios de autopsia. Cadena de custodia y acreditación de calidad», Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Tomo III, Bosch, Barcelona 2011.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales”, Madrid. Dykinson 2004. “La protección de datos personales en el Derecho español”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson 1999.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”, www.uv.es/CEFD/15/GASCÓN.pdf.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., “El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN”, *Diario La Ley*, N° 8571, 29 de Junio de 2015, Ref. D-260, Editorial LA LEY.

GIANNELLI, Paul, “Chain of Custody”, *Criminal Law Bulletin* 32. Faculty Publication 1996.

GIL FERNANDEZ, A. “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, *Actualidad penal* 1996.

GIL VALLEJO, B., “Aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal”, Ed. Bosch 2011.

GIMENO SENDRA, J. V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, *Revista catalana de seguretat pública*, mayo 2010. “Derecho Procesal Penal”, Civitas 2012. Madrid. “Casos prácticos de derecho procesal penal” (2ª ED.), Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008. “La reforma de la LECrim y la seguridad pública”, *Revista General de Derecho Procesal* n° 4, junio 2004. “Manual de derecho procesal penal”, Ed. Colex, 2013. “Introducción al derecho procesal”, Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “La prueba prohibida e interpretación jurisprudencial del TC y TS españoles”. *Anuario de derecho penal* 2008.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “La protección de los datos genéticos”, XVI Congreso “Derecho y Salud”, Vol 16. 2008, págs 78, 60 y 61. “Los datos genéticos en el tratado Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 7 de 2007.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N, “El Principio de Proporcionalidad”, Cuadernos de Derecho Público, nº 5. 1998. Instituto Nacional de Administración Pública.

GÖSSEL KARL-HENZ, “Las investigaciones genéticas objeto del principio en el proceso penal”, Revista Ministerio Fiscal nº 3, 1996, (traducido por Polonio Navarrete).

GUERRERO MORENO, A. A., “La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN”, Revista Criterio Jurídico, ISSN-e 1657-3978, Vol. 8, Nº 8, 2008.

GUILLÉN VÁZQUEZ, M., Tesis Doctoral “La Prueba del ADN ante los Tribunales: especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal”, Directores: Carracedo Álvarez, A y Lorenzo Delgado, J., Universidad Santiago de Compostela (Coruña), 2003.

GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Civitas – Aranzadi, S.A.U., 2016.

JIMÉNEZ PEÑA, S., “La prueba de ADN en el proceso penal: Recogida e introducción en el procedimiento. La cadena de custodia”, Blog derechoporlaveda.com, 20 de agosto de 2015.

LACUEVA BERTOLACCI, R., “La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal”, Diario La Ley nº 8071, sección Tribuna, 26 abril 2013.

LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que defienden su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, Diario La Ley nº 8190, 13 abril 2013. “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión de las fuentes de prueba.

Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, Diario La Ley, nº 8846 de 19 de octubre de 2016, Ed. Wolters.

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Aranzadi, Thomson Reuters, 4ª ed. Navarra 2010.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. V., “Las investigaciones telefónicas...”, Congruencia a la que se refiere la STC 13/1985, de 31 de enero. “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, Genética y Derecho, Estudios de Derecho Judicial, nº 36, 2001.

LÜHRS, Wolfgang, “Genomanalyse im Strafverfahren“, pág MDR 1992, nº 10.

LLEDÓ YAGÜE, F. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas”, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV, Bilbao 1994.

MAGRO SERVET, V., “Las intervenciones electrónicas e informáticas por los agentes de la autoridad. Medidas restrictivas de derechos fundamentales en estos aspectos“, La Ley Penal, nº 84, julio 2011. “Las intervenciones corporales por los agentes de la autoridad: ¿Intervención judicial permanente y en cualquier caso?, La Ley Penal, nº 89, 2012.

MALEM SEÑA, J., “Privacidad y mapa genético”, Revista Derecho y Genoma Humano 2. (Enero-junio de 1995).

MARCA MATUTE, J.: “Inspección ocular, levantamiento de cadáveres y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente de prueba”, 2008, Profesor Ordinario de la Escuela Judicial del CGPJ.

MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal“, La Ley Penal, nº 46, febrero 2008.

MARTÍNEZ GACÍA, J, EXPÓSITO MÁRQUEZ, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, E., “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015.

MAZA MARTÍN, J.M., en STS 1349/2009 de 29 de diciembre, y STS 169/2011, de 18 de marzo, FJ 1º.

MESEGUER GONZÁLEZ, J. D., “La contaminación de la cadena de custodia invalida las pruebas periciales informáticas”, Revista El Derecho, 25-06-2013.

MESTRE NAVAL, F, y VIVES-REGO, J., “La utilización forense de la huella genética (secuencias del ADN o ácido desoxirribonucleico): aspectos científicos, periciales, procesales, sociales y éticos“, La Ley Penal, nº 61, junio 2009.

MIGUEL y ALONSO, C., “Derecho Procesal Práctico”, Tomo II, Valladolid 1961.

MIRANDA ESTRAMPES, M. “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. Revista Catalana de Seguridad Pública. Mayo 2010.

MONTERO AROCA, “La prueba en el proceso civil, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

MONTÓN REDONDE, “Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios”, RDPIb, 1978, núms. 2-3.

MONTOYA CALLE, S., “Escena del crimen en el nuevo proceso penal”. Lima (Perú), Ed. San Marcos 2012.

MORA IZQUIERDO, R. y SÁNCHEZ PRADA, M. D., “La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio”, Ed. Gráficos Colombia 2007, Bogotá (Colombia).

MORA SÁNCHEZ, J.M., “Propuestas para la creación y regulación legal en España de una Base de Datos de ADN con fines de identificación criminal”, Comares 2002. “Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad”, Comares 2002.

MORENO AROCA, J., “Nociones Generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2000.

NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal”, Bilbao-Granada. Comares 2006.

NIEVA FENOL, J., “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba del perfil de ADN”. La Ley Penal, nº 93, mayo 2012.

ORELLANA TORAL, J., “La Inspección Técnico-policial, Internacional Police Association”, nº 2, abril-junio 1997.

ORTEGA BENITO, V, "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana". Poder Judicial, núm. 17. 1990.

OTÍN DEL CASTILLO, J.M., “En la escena del crimen”, Lex Nova, Valladolid 2011.

P. JAMES (1997), “Protein identification in the post-genome era: the rapid rise of proteomics”. Quarterly reviews of biophysics 30 (4).

PÉREZ LUGO, “Comentarios generales sobre el desarrollo del estudio formal y material de las pruebas prohibidas en Alemania”, Capítulo Criminológico 1998, núm. 2.

PÉREZ MARTÍN, M. A., “Inspecciones, registro e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros datos de investigación”. Titant lo Blanch 2008. Valencia.

PERIS RIERA, “Identificación personal: avances genéticos e interrogantes jurídicos”, RGD 1991, núm. 564.

QUEVEDO ANINA, “Genes en tela de juicio” y “Prueba de identificación por ADN”, McGraw-Hill, Madrid 1997.

RAMALLO MARTÍN, A. C., “ADN: Huellas genéticas en el proceso penal”, Tesis Universidad da Coruña, 2015.

RAMOS ALONSO, J. V., “La recogida de las muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”, Diario La Ley, nº 7364, de 17 marzo 2010.

REVIRIEGO PICÓN, F., “Intervenciones corporales y Derechos Fundamentales”, Revista de Derecho Constitucional 16 (2013).

RICHAR GONZÁLEZ, M., “Reflexiones sobre la práctica y valor de la prueba científica en el proceso penal (a propósito del asunto de los niños desaparecidos de Córdoba)”, Diario La Ley, nº 7930, 25 septiembre 2012. “La cadena de custodia en el proceso penal español”, Diario La Ley, nº 8187, 8 noviembre 2013.

RIVES SEVA, A. P., “La prueba en el proceso penal: doctrina Sala 2ª TS”, Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi 2008 (4ª edición).

ROMERO CASABONA, C. M., “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español”, Estudios de Derecho Judicial, nº 58, 2004.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “La prueba de ADN: pronunciamientos de la jurisprudencia”, Diario La Ley, nº 7720, 21 octubre 2011.

SANZ HERMIDA, A., “Cooperación internacional en la transmisión de informaciones procedentes de muestras de ADN *versus* protección de datos personales en el espacio europeo de Justicia Penal: el difícil equilibrio entre la seguridad y el derecho a la intimidad”, en SENÉS MOTILLA, C. (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Ed. Librería La Jurídica, SL. Barcelona 2010.

SANZ HERMIDA, Ágata Mª. , “Protección de datos en la transmisión transnacional de perfiles de ADN y muestras biológicas a los efectos de la persecución penal”, en Revista General de Derecho Procesal, 2010, ISSN 1696-9642.

SCHIRO, G., “Louisiana State Police Crime Laboratory”. Volume 4 “Crime Scene Preservation Body Armor Legislation Accident Safety”, 15 August 2011.

SOTO RODRÍGUEZ, M.L., “El ADN como identificador criminal en el sistema español”, Diario La Ley, nº 8274, 19 marzo 2014.

VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, FIGUEROA NAVARRO, C., y otros, “La cadena de custodia en el proceso penal”, Edisofer, SL, Madrid 2015.

VÁZQUEZ SOTELO, “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal”, Bosch, Barcelona, 1984.

VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Aplicaciones del ADN en medicina legal”, Barcelona 1992.

VILLAGÓMEZ MUÑOZ, A. I., “La intervención de drogas: primeras actuaciones, muestreo, análisis, destrucción, cadena de custodia”, www.fiscal.es 2015.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, nº 8283, 1 abril 2014.

TEXTOS NORMATIVOS

LEY ORGÁNICA 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

LEY ORGÁNICA 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

LEY ORGÁNICA 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica LO 10/1995 del CP.

LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LEY ORGÁNICA 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

LEY ORGÁNICA 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina

judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LEY 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

LEY 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica.

LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

LEY 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, art. 1.3 (Modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio).

LEY 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios de uso humano y veterinario.

LEY 43/2010, de 30 de diciembre del Servicio Postal Universal, Derechos de los Usuarios del Mercado Postal.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 6/2015, de 30 de octubre (antes RDL 339/1990), por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

REAL DECRETO 2783/1976 de 15 de octubre, por el que se dispone la creación de depósitos judiciales.

REAL DECRETO 1211/1990, de 28 de septiembre, Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

REAL DECRETO 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

REAL DECRETO 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

REAL DECRETO 1829/1999, de 3 de diciembre, Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales.

REAL DECRETO 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

REAL DECRETO 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, para la aplicación y desarrollo de la ley seguridad vial.

REAL DECRETO 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

REAL DECRETO 2394/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Protocolo para la recuperación, identificación, traslado e inhumación de los restos mortales de los miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, fallecidos en operaciones fuera del territorio nacional.

REAL DECRETO 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

REAL DECRETO 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

REAL DECRETRO 1181/2008, de 11 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

REAL DECRETO 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (CNUFADN).

REAL DECRETO 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.

REAL DECRETO 717/2010, de 28 de mayo, modifica el RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

REAL DECRETO 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica

DECRETO 45/1998, de 17 de marzo, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por el que se establece el contenido y regula la valoración, conservación y expurgo de los documentos del registro de actividades clínicas de los servicios de urgencias de los hospitales y de las historias clínicas hospitalarias.

DECRETO 302/2001, de 20 noviembre, por el que se crea el Instituto de Medicina Legal de Cataluña.

DECRETO 69/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DECRETO 236/2012, de 2 noviembre, por el que se regula el Instituto Vasco de Medicina Legal, entre otras Comunidades Autónomas.

ANTEPROYECTO DE LEY PARA UN NUEVO PROCESO PENAL (CPP 2011), editado por el Ministerio de Justicia 2011.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL 2013 (CPP 2013).

DISPOSICIONES GENERALES

ORDEN Ministerio de Justicia de 14-07-83 sobre depósitos judiciales para la conservación de piezas de convicción.

ORDEN INT de 18-03-98, de creación del programa de desaparecidos denominado FÉNIX en la Guardia Civil, encaminado a la identificación de familiares desaparecidos mediante el estudio de polimorfismos de ADN en comparación con los familiares vivos.

ORDEN INT de 7-03-00, que reguló el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos ADNIC.

ORDEN INT de 21-09-00, por la que se regulan los ficheros automatizados para la identificación genética, ADN-HUMANITAS, restos humanos, y ADN-VERITAS, vestigios biológicos, y muestras para cotejo, en la Dirección General de la Policía.

ORDEN INT 11-11-04, de creación de base de datos del Ministerio del Interior INT-FENIX.

ORDEN INT de 04-05-11, de creación de base de datos del Ministerio del Interior INT-SAIP.

ORDEN INT de 13-07-13, de modificación de la ORDEN INT de 04-05-11, de creación de base de datos del Ministerio del Interior INT-SAIP.

ORDEN JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el INTCF.

ORDEN SPI/2891/2010, de 3 de noviembre, por la que se aprueba la cuarta edición de la Real Farmacopea Española (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad).

ORDEN INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior.

ORDEN PRE/1832/2011, de 29 de junio, por la que se regula el área de control del dopaje, el material para la toma de muestras y el protocolo de manipulación y transporte de muestras de sangre.

ORDEN PRE/2568/2011, de 26 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2011, por el que se ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura.

ORDEN JUS/2146/2012, de 1 de octubre, por la que se crean determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información.

ORDEN PV de 2-09-03, Protocolo ADN en el País Vasco, BOPV nº 2003170 de 2 septiembre.

INSTRUCCIÓN DGT 12/TV-73 de 30 de noviembre, sobre realización de pruebas de detección estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas.

INSTRUCCIÓN FGE 5/2012 de 3 de diciembre, sobre intervención del Fiscal en la destrucción de sustancias incautadas en procedimientos judiciales por delitos de tráfico de drogas.

INSTRUCCIÓN FGE 6/2012 de 18 de diciembre, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia.

INSTRUCCIÓN DGT 2015/S-137, de fecha 29 de abril, sobre criterios de actuación en procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de infracciones en materia de alcohol/drogas. Punto 3. Cadena de custodia y prueba de contraste en sangre.

LEGISLACIÓN EUROPEA E INTERNACIONAL

ACUERDO EUROPEO Acuerdo Europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR 2015), enmendado en Ginebra el 26 de junio de 2015 (ADR inicial, Ginebra 30-09-1957).

CONVENIO DE PRÜM DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, de 27 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación de España del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal (BOE núm. 307, de 25 de diciembre de 2006).

DECISIÓN MARCO 2009/905/JAI DEL CONSEJO, de 30 de noviembre de 2009, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio.

DECISIÓN MARCO 2008/977/JAI del Consejo, de 27-11-2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

DECISIÓN 2008/615/JAI del Consejo de UE, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

DECISIÓN 2008/616/JAI del Consejo de UE, de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

DECLARACIÓN Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 217 A de 10 diciembre 1948 en París, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 2200 A, de 16 diciembre 1966 en Nueva York.

DECLARACIÓN UNESCO de 16-10-2003, sobre Datos Genéticos Humanos.

DIRECTIVA (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. En vigor 5-05-16.

RECOMENDACIÓN [R (92) 1] DEL CONSEJO DE EUROPA, de 10 de febrero de 1992, relativa al uso del ADN en el marco de la justicia penal, sobre prueba genética y de cribado con fines sanitarios.

REGLAMENTO (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, para proteger la salud humana y el medio ambiente, así como la libre circulación de sustancias, mezclas y artículos.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO (97/C 193/02), de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO (2001/C 187/01), de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO (2009/C 296/01), de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN.

MANUALES Y PROTOCOLOS

CÓDIGO TIPO DE FARMAINDUSTRIA, Madrid, 17 de junio de 2009, de protección de datos personales en el ámbito de la investigación clínica y de la farmacovigilancia.

GUÍA PRÁCTICA DE ACTUACIÓN sobre aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas y estupefacientes de 3-10-12. Elaborada por la Comisión del Acuerdo del CGPJ, FGE, Mº Justicia, Mº Sanidad, Mº Hacienda, Mº Interior y Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

GUÍA DE PROCEDIMIENTO TÉCNICO SECRIM-41 (GPT-UA-01) de la Guardia Civil, de 8 de mayo de 2014, sobre Directrices Generales para la gestión de indicios/muestras de interés criminalístico.

GUÍAS ÉTICAS DE INVESTIGACIÓN EN BIOMEDICINA. Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Ciencia e Innovación. Noviembre 2009. Comité de Ética del Instituto de Investigación de Enfermedades Raras (CEIIR).

MANUAL POLICÍA JUDICIAL de la Guardia Civil, actualizado el 31-05-11 por la Jefatura de Policía Judicial de la Dirección Adjunta Operativa. SECRIM-41 (GPT-UA-01) de 8 de mayo de 2014, sobre Directrices Generales para la gestión de indicios/muestras de interés criminalístico.

NORMAS DE BUENA PRÁCTICA CLÍNICA. Agencia española de medicamentos y productos sanitarios. Ministerio de Sanidad y Consumo. Julio de 2002.

CRITERIOS GENERALES para la práctica de diligencias por la Policía Judicial", aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial (dependiente del Ministerio del Interior) el 4 de febrero de 1999, de conformidad con el RD 769/1987.

PROTOCOLO a seguir en aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas firmado en Madrid el 3 de octubre de 2012 por ACUERDO MARCO de colaboración entre el CGPJ, FGE, Ministerios de Justicia, Hacienda, Interior y Administraciones Públicas, y la agencia estatal “Agencia Española de Medicamentos y Producto Sanitarios”.

RECOMENDACIONES GHEP-ISFG año 2000, para la Recogida y Envío de Muestras con Fines de Identificación Genéticas.

RECOMENDACIONES GHEP-ISFG 20 julio 2007, para la Recogida y Remisión de Muestras con Fines de Identificación Genéticas en Grandes Catástrofes.

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Tribunal Constitucional

STC 303/1993 de 25 octubre.

STC 170/2003, de 20 de septiembre.

STC 12/2011 de 28 febrero.

STC 126/2012 de 18 de junio.

STC 195/2013, de 2 de diciembre.

STC 199/2013 de 5 diciembre.

STC 13/2014 de 30 enero.

STC 14/2014 de 30 enero.

STC 15/2014 de 30 enero.

STC 16/2014 de 30 enero.

STC 23/2014 de 13 febrero.

STC 43/2014 de 27 marzo.

STC 191/2014, de 17 de noviembre.

STC 191/2014, de 17 de noviembre.

Tribunal Supremo

ATS de 31 enero 2006.

ATS 434/2012, de 1 de marzo.

ATS 39/2011, de 3 de febrero.

ATS 409/2013, de 7 de febrero.

STS 861/2000, de 4 de diciembre.

STS 652/2001, de 16 de abril.

STS 629/2001, de 23 de junio.

STS 156/2003, de 10 de febrero.

STS 585/2003, de 16 abril.

STS 587/2003, de 16 abril.

STS 72/2004, de 29 enero.

STS 156/2004, de 9 febrero.

STS 501/2005, de 19 de abril.

STS nº 503/2008 de 17 de Julio.

STS 1190/2009 de 3 de diciembre.

STS 1349/2009, de 29 de diciembre.

STS 240/2010, de 24 de marzo.

STS 530/2010, de 4 de junio.

STS 984/2010 de 8 de noviembre.

STS 1027/2010, de 25 de noviembre.

STS 312/2011, de 29 de abril.

STS 629/2011, de 23 de junio.

STS 776/2011, de 20 de julio.

STS 304/2012, de 24 de abril.

STS 347/2012, de 25 de abril.

STS 506/2012, 11 de junio.

STS 545/2012, de 22 de junio.

STS 607/2012, de 9 de julio.

STS 884/2012, 8 de noviembre.

STS 974/2012, de 5 de diciembre.

STS 1072/2012, de 11 de noviembre.

STS 339/2013, de 20 de marzo.

STS 308/2013, de 26 de marzo.

STS 600/2013, de 10 de julio.

STS 777/2013, de 7 de octubre.

STS 709/2013, de 10 de octubre.

STS 506/2013, de 11 de noviembre.

STS 996/2013, de 16 de diciembre.

STS 1/2014, de 21 de enero.

STS 195/2014, 3 de marzo.

STS 208/2014, de 10 de marzo.

STS 271/2014, de 25 de marzo.

STS 285/2014, de 4 de abril.

STS 303/2014, de 8 de abril.

STS 587/2014, de 18 de julio.

STS 795/2014, de 20 de noviembre.

STS 129/2015, de 4 de marzo.

STS 147/2015, de 17 de marzo.

STS 174/2016, de 3 de marzo.

STS 189/2016, de 4 de marzo.

STS 307/2016, de 13 de abril.

STS 491/2016, de 8 de junio.

STS 676/2016, de 22 de julio.

Audiencias Provinciales

SAP Cádiz 103/2003, de 7 de noviembre.

SAP de Badajoz 83/2006, de 2 de junio.

SAP Huelva 13/2007, de 25 de junio de 2007.

SAP Almería 319/2008, de 1 de octubre.

SAP Las Palmas 52/2009, de 29 de julio.

SAP Burgos 13/2009, de 9 de marzo.

SAP Madrid 1138/2009, de 28 de octubre.

SAP Barcelona 82/2010, de 25 de enero.

SAP Barcelona 252/2010, de 21 de abril.

SAP Barcelona 845/2010, de 5 de noviembre.

SAP Santa Cruz de Tenerife 147/2012, de 30 de marzo.

SAP Madrid 404/2012, de 29 de octubre.

SAP Murcia 28/2013, de 30 de enero.

SAP de Madrid 21/2013, de 29 de abril.

SAP Córdoba 732/2013, de 22 de julio.

SAP Madrid 18/2014, de 11 de abril.

SAP Coruña 365/2015, Tribunal del Jurado de 11 de noviembre.

SAP Barcelona 202/2016, de 18 de marzo.

SAP Málaga 16/2016, de 20 de marzo.

SAP de Madrid 302/2016, de 10 de octubre.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, «la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio».