

INFORME DE LA FISCAL DE SALA COORDINADORA DE MENORES A LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL USO FORENSE DEL ADN SOBRE DETERMINADOS EXTREMOS DE LA INVESTIGACIÓN DE ADN EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL DE MENORES

I.- APLICABILIDAD AL PROCESO PENAL DE MENORES DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA INVESTIGACIÓN DEL ADN

Las cuestiones sometidas a informe por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN y en particular, la primera de ellas, relativa a la aplicación de la Disposición Adicional tercera de la LO 10/2007 a menores de edad en el marco de una investigación penal, deben abordarse en el contexto más amplio de aplicabilidad al sistema de Justicia Juvenil de las disposiciones relativas a la investigación del ADN.

En relación con los análisis del ADN, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) tres nuevas normas: el art. 326 párrafo tercero, el art. 363 párrafo segundo, y la Disposición Adicional tercera. El primer precepto reseñado regula la recogida de vestigios, el segundo la obtención de muestras biológicas del sospechoso y la Disposición Adicional tercera habilita al Gobierno para regular la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN.

Esta previsión fue desarrollada por 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.*

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, *reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* complementa la normativa sobre utilización del ADN en el proceso penal.

El mandato contenido en la Disposición Adicional primera de la LO 10/2007, de integrar, en la base de datos policial los distintos ficheros y bases de datos de ADN pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existentes a la entrada en vigor de la Ley ha sido desarrollado mediante la Orden del Ministerio del Interior 177/2008, de 23 de enero, por la que se crean los dos únicos ficheros policiales que contienen los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN, tanto en el marco de investigaciones criminales (INT-SAIP) como en los procesos de identificación de cadáveres o de personas desaparecidas (INT-FENIX), siendo el órgano administrativo responsable de los citados ficheros, y de su gestión, el Ministerio del Interior.

Para examinar la aplicabilidad al proceso penal de menores de la normativa expuesta hay que partir de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la *responsabilidad penal de los menores* (LORPM), conforme a la que *tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.*

La LORPM establece por tanto su propio sistema de integración de lagunas, que resulta ser esencial porque dicho texto legislativo, que se reduce a 64 artículos y regula simultáneamente el Derecho Penal y el Derecho Procesal de Menores, es notoriamente insuficiente para abordar una pluralidad de materias que sí se encuentran desarrolladas en el CP y en la LECrim. La LORPM, pues, no es un cuerpo normativo autónomo o completo, sino que se inserta en el marco penal y procesal del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, la integración de la LORPM en la LECrim ha de exceptuarse cuando se trata de materias que tienen una regulación suficiente en la legislación de menores y cuando las previsiones concretas de la LECrim sean incompatibles con los principios informadores de la Justicia Juvenil.

Desde estas bases se analizará si han de aplicarse supletoriamente en el proceso penal de menores las previsiones contenidas en los arts 326 y 363 LECrim y en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, como marco jurídico básico de la utilización de ADN en el proceso penal, con específica distinción entre la obtención de muestras de ADN de menores en la fase de instrucción y la toma de muestras por parte de la policía judicial.

II.- OBTENCIÓN DE MUESTRAS DE ADN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El art. 363 LECrim en su párrafo segundo dispone que *siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*

De conformidad con las previsiones de la Disposición Final Primera LORPM, y teniendo en cuenta que no se aprecia ningún elemento que pudiera llevar a la conclusión de que esta disposición no se adecua a los principios informadores del sistema de Justicia Juvenil, no cabe sino concluir con su aplicabilidad supletoria en el proceso penal de menores.

Sentado lo anterior, deben hacerse tres precisiones:

1ª Cabría plantearse si puede el Fiscal por sí acordar la diligencia de toma de muestras del sospechoso, en tanto es instructor del expediente o si por el contrario, debe acudir al Juez de Menores, dado que el art. 23.3 LORPM que dispone que *el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones.*

Nuestra Constitución no prevé reserva judicial alguna en relación con las inspecciones e intervenciones corporales que puedan comprometer los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 18.2 CE), y así, la Ley puede “autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento

o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”. (STC nº 207/1996, de 16 de diciembre)

Además, las intervenciones corporales levísimas (como lo sería la extracción de una muestra de saliva) no afectan al derecho a la integridad física; tampoco al derecho a la intimidad, cuando por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, este derecho no resulte afectado. Esto es lo que ocurre en supuestos en los que la finalidad es la de identificación (vid. SSTS nº 949/2006, de 4 de octubre, 1311/2005 de 14 de octubre y 179/2006, de 14 de febrero).

El art 2 de la Declaración internacional de la UNESCO sobre los datos genéticos humanos, aprobada por unanimidad el 16 de octubre de 2003 distingue los procedimientos invasivos (que implican intrusión en el cuerpo humano, como la extracción de muestra de sangre con aguja y jeringa) de los no invasivos (por ejemplo, los frotis bucales).

Este segundo tipo de diligencias, además de no reportar ningún perjuicio físico, tiene un efecto final ambivalente, es decir, puede ser inculpatario o totalmente exculpatario` (vid. como ejemplo de esto último las SSTS nº 158/2010, de 2 de febrero y nº 792/2009, de 17 de julio). La STS 789/1997, de 24 de mayo estimó un recurso de revisión interpuesto por dos personas que habían sido reconocidas por la víctima como autoras de su violación pero cuya inocencia se demostró posteriormente ya que al comparar las muestras de los flujos de los agresores con las de los condenados, se detectó la falta de coincidencia de los polimorfismos del ADN

2ª Pero si el Fiscal puede, sin necesidad de recabar autorización del Juez, acordar la toma de muestras del menor a efectos de análisis de ADN, sólo podrá efectuarse esta diligencia si concurre el consentimiento del afectado. Con carácter general, el TS se ha pronunciado en el sentido de que *es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello* (SSTS nº 1190/2009, de 3 de diciembre y nº 949/2006, de 4 de octubre).

Dado el grado de madurez que la propia LORPM atribuye en principio a los mayores de 14 años a los que considera con carácter general sujetos capaces de incurrir en responsabilidad penal y tratándose de un acto relativo a los derechos de la personalidad (art. 162 CC), puede concluirse que este consentimiento no precisa la asistencia de los padres o representantes legales del menor.

Como refuerzo de tal conclusión viene a colación el criterio de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo art. 3.1, señala que *“El consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil...”*. Y, en la misma línea, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

3ª Finalmente, la prestación del consentimiento del menor expedientado a la toma de muestras de ADN en la fase de instrucción sí exigirá la asistencia de Letrado, a la vista del reforzamiento que el derecho a la asistencia letrada experimenta en esta fase

procesal (vid. arts 22.1 b) y 23.2 LORPM), en función de la formalización de la imputación que la misma comporta.

III.- TOMA DE MUESTRAS EXTERNAS

La toma de muestras externas puede proceder bien del lugar del delito (muestras dubitadas) bien del propio imputado, cuando éste las ha dejado abandonadas (muestras indubitadas).

La recogida de las muestras biológicas del lugar del delito se regula en el párrafo tercero del art. 326 LECrim, según el cual, *cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282.*

La aplicación supletoria de este precepto en el proceso penal de menores tampoco plantea especiales dificultades. Las dudas que hubieran podido generarse en torno a si puede el Fiscal acordar por sí la práctica de tal diligencia han quedado despejadas tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, que relativiza el cuasi monopolio jurisdiccional que parecía establecerse en el art. 326 LECrim, en tanto su Disposición Adicional Tercera establece que *para la investigación de los delitos...la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos... del lugar del delito.* Por tanto, si la Policía está legitimada para recoger tales restos sin necesidad de autorización judicial, tanto más lo estará el Fiscal instructor.

Cabe, consiguientemente afirmar que el Fiscal que instruye el expediente puede acordar por sí la recogida de restos biológicos sin necesidad de autorización judicial.

Existen ya algunos pronunciamientos de interés en la jurisdicción de menores. La SAP de Barcelona, nº 791/2008, Secc. 3ª, de 8 de octubre determina que no se causa indefensión ni se rompe la cadena de custodia si las muestras de los vestigios son recogidas por la policía, para ser enviadas posteriormente a la Fiscalía de Menores, siendo esta última quien remite las muestras al laboratorio.

La recogida de muestras por Policía Judicial o Ministerio Fiscal puede también llevarse a cabo cuando se aprehenden en cualquier otro lugar en el que el sospechoso o imputado las abandone. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 31 de enero de 2006 declara a este respecto que *la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.*

La tesis seguida por el reseñado acuerdo se ha asumido en las SSTS nº 1190/2009, de 3 de diciembre, 813/2008, de 2 de diciembre, 179/2006, de 14 de enero, 701/2006, de 27 de junio, 949/2006, de 4 de octubre y 1267/2006, de 20 de diciembre.

En esta línea, la STS nº 949/2006, de 4 de octubre declara que las colillas arrojadas por los recurrentes se convierten en *res nullius* y por ende, accesibles a las fuerzas policiales, pudiendo constituir instrumento de investigación del delito.

Tampoco conculca ningún derecho la aprehensión por funcionarios de Policía de cigarrillos directamente del sospechoso. La STS nº 670/2009, de 19 de junio declara que “no concurrió una intervención corporal sobre el acusado, sino que se incautó un material biológico ya depositado sobre un objeto, de manera que la obtención no afectó, siquiera mínimamente, a su integridad; y fue llevada a cabo por los funcionarios, por su propia autoridad, de manera legítima, cuando ya existía una investigación en curso y sospechas que recaían sobre el que ahora recurre... En este sentido, no existe una esencial diferencia objetiva entre el acceso a esa porción de papel de fumar y el que podría haberse producido con solo esperar un mínimo de tiempo y recoger la colilla, de la que, normalmente, el interesado habría tenido que desprenderse”.

Desde luego no es necesaria la presencia del fedatario público en la recogida de muestras (vid. STS nº 1190/2009, de 3 de diciembre).

En los casos de toma indirecta de muestras habrá de acreditarse que los restos genéticos abandonados proceden del imputado, lo que normalmente requerirá la citación a juicio de los funcionarios que han participado en la aprehensión de los mismos.

IV.- APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LO 10/2007, de 8 de OCTUBRE REGULADORA DE LA BASES DE DATOS POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN

Esta cuestión puede parecer inicialmente más dudosa porque las menciones de la Disposición Final Primera de la LORPM no abarcan expresamente esta norma en cuestión.

Tampoco contiene la LO 10/2007 ningún pronunciamiento expreso en orden a su aplicabilidad al sistema de Justicia Juvenil, si bien cuando define su objeto, lo hace en términos omnicomprendidos. El art 1 dispone que *se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.*

La Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 establece que *para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito.*

Tales delitos son los delitos graves (castigados con pena de prisión superior a cinco años, conforme a los arts. 13 y 33 CP), 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 art. 282 bis LECrim. Debe tenerse presente que el listado de delitos del art 282 bis LECrim se amplía tras la reforma operada por LO 5/2010.

En una primera aproximación, los términos generales en los que se redactan ambos preceptos permiten entender abarcada la investigación de delitos cometidos por

menores. Pero es que además, la LO 10/2007 no es sino un complemento de la regulación contenida en la LECrim, en sus arts 326 y 333. Efectivamente, la citada Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 expresamente asume su función de complemento de la LECrim al incluir un último inciso *-de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal-* de remisión a nuestro Código Procesal Penal. De este modo, en todo caso entraría en aplicación la reseñada Disposición Final Primera LORPM.

Esta conclusión obliga a considerar expresamente dos cuestiones:

A.- La toma de muestras de ADN del menor por la policía judicial

La Ley 10/2007 configura los análisis de ADN de manera que las muestras obtenidas solo proporcionan datos sobre identidad y sexo. La determinación del perfil, conforme a las disposiciones legales, no se referirá al ADN codificante, que contiene todos los datos genéticos de la persona.

Como el propio Preámbulo expone, la Ley 10/2007 “contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto -la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética”.

De ello puede obtenerse la conclusión de que en estos casos la afectación del derecho a la intimidad genética es inexistente, mientras que la afectación del derecho a la integridad corporal es inapreciable, en cuanto que sólo supone la toma de una muestra mínima de saliva.

Por todo ello, desde el punto de vista de la garantía de estos derechos fundamentales, la reseña de ADN puede equipararse a la reseña decadactilar.

La toma ordinaria de muestras de saliva como una diligencia más del atestado en los casos en los que la detención sea por alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007 puede llevarse a cabo por la propia Policía actuante, sea o no mayor de edad el detenido. Es a estos efectos aplicable la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, conforme a la que *para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado....* Su limitado objeto –al igual que sucede con la reseña decadactilar- permite que el nivel de garantías exigible no abarque ni la asistencia letrada ni la jurisdiccionalidad.

En términos generales, la reseña de los menores implicados en delitos es objeto de regulación con rango reglamentario en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores Reglamento* (en adelante, RLORPM).

El art. 2.3 dispone que *los registros policiales donde consten la identidad y otros datos que afecten a la intimidad de los menores serán de carácter estrictamente*

confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la investigación de un caso en trámite o aquellas personas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, autoricen expresamente el juez de menores o el Ministerio Fiscal, todo ello sin perjuicio de las disposiciones que, en materia de regulación de ficheros y registros automatizados, dicten las comunidades autónomas de acuerdo con sus respectivas competencias.

Por su parte el art. 2.4 establece que *a tal efecto, cuando, de conformidad con el artículo 17...se proceda a la detención de un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal.*

La Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *protocolo de actuación policial con menores* dispone en su punto 4.13.1 que se obtendrá la reseña policial del menor detenido para los solos fines de identificación e investigación policial, que quedará contenida en una aplicación específica, e incluirá datos biográficos, impresiones decadactilares y fotografía. En el punto 4.13.2 se establece que se obtendrá de manera ordinaria la reseña de los menores infractores penales entre 14 y 18 años.

La interpretación sistemática de los preceptos mencionados, tamizada a su vez por la Disposición Adicional Tercera y el art 3.1 a) de la LO 10/2007, lleva a la conclusión de que también en el ámbito del proceso penal de menores, y en relación con los delitos graves a que se refiere la Ley, la Policía Judicial puede proceder a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado.

En efecto, la Disposición Adicional Tercera contiene un mandato dirigido a la Policía Judicial, que como tal actúa también en el proceso penal de menores (art 6 LORPM).

Como ha expuesto la jurisprudencia, la toma de muestras de saliva debe sin duda considerarse una intervención leve o levísima, por lo que de mediar consentimiento por parte de la persona afectada, no exige la intervención judicial en su ejecución. (vid. SSTS nº 1072/2006, de 31 de octubre y 103/2000 , de 3 de febrero)

Esta doctrina ha sido aplicada en otro contexto por la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados* a una intervención corporal de mayor entidad cual es la de la práctica de una radiografía.

Podrá por tanto la Policía tomar por sí muestras a efectos de la reseña de los menores detenidos en aplicación de la LORPM siempre que la detención esté basada en hechos que pudieran constituir delitos de los comprendidos en el radio de aplicación de la LO 10/2007.

Partiendo de la necesidad de consentimiento del afectado para la toma de estas muestras, cabe considerar la capacidad de los menores para prestar ese consentimiento y las condiciones de validez del mismo.

Estas cuestiones deben abordarse distinguiendo entre menores de 14 años, excluidos de toda exigencia de responsabilidad penal, y sobre los que se tratará más adelante, y los menores comprendidos entre 14 y 18 años, susceptibles de incurrir en responsabilidad penal. En relación con estos últimos, deben hacerse dos matizaciones:

- El menor mayor de 14 años puede a tales efectos prestar por sí el consentimiento con plena eficacia jurídica, siendo suficiente la información de este consentimiento en los términos en que viene expuesta en los formularios elaborados por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

La duda sobre si es o no necesaria la asistencia de los representantes legales del menor para la prestación de este consentimiento ha de resolverse conforme a las disposiciones generales que rigen la capacidad de obrar de los menores de edad. Así, según lo dispuesto en el art. 162 CC, se exceptiona del ámbito de representación de los padres *"los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"*. Además, el art 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor* dispone que *"las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva"*.

En este contexto, teniendo en cuenta que las tomas afectarán a menores de al menos catorce años, la presunción ha de ser la de que éstos pueden por sí prestar este consentimiento. Por supuesto, tal presunción habrá de decaer cuando se entendiese por los funcionarios actuantes que concurren en el concreto menor circunstancias que le impiden comprender la trascendencia del acto. En este caso deberá recabarse el consentimiento de los representantes legales.

Como refuerzo de las anteriores conclusiones cabe mencionar que la LORPM reconoce la capacidad del menor para prestar su consentimiento sin necesidad de representación ante un acto de mucha más trascendencia jurídica cual es el de la conformidad (arts. 32 y 36 LORPM) y el ya citado criterio que en sus respectivos ámbitos mantienen la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen y el Reglamento de desarrollo de la Ley de protección de datos de carácter personal.

Cuando en sede policial el menor detenido se niegue a prestar su consentimiento para la toma de muestras, conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera, y en los arts 6, 16 y 23.3 LORPM la correspondiente solicitud policial se tramitará a través de la Sección de Menores de Fiscalía, siendo competencia de ésta la valoración de la necesidad de la misma y la solicitud, en su caso, al Juez de Menores, no estando legitimada la Policía Judicial para plantear la solicitud directamente a la autoridad judicial, como se desprende de lo dispuesto en el art 2.2 RLORPM.

- Inexigibilidad de asistencia letrada: Ninguna disposición legal prevé la asistencia jurídica para la toma de muestras de ADN por parte de la policía. Con carácter general, tampoco se exige la presencia del Letrado para la práctica de otras diligencias como son la exploración radiológica del detenido, o la prueba de alcoholemia (STS nº 590/2000, de 8 abril); el registro practicado en el domicilio del acusado cuando todavía no se le imputa delito alguno (STS nº 847/1999, de 24 mayo, con cita de otras muchas y Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, *sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido*).

Del mismo modo, la asistencia letrada no es exigible ni en las declaraciones de otros coimputados a los que no asiste profesionalmente; ni en declaraciones de los testigos; ni en actos de imputación a terceros por parte del detenido (STS nº 1737/2000, 15 de noviembre).

De todo ello se concluye que la asistencia letrada para tomar muestras del detenido a efectos de reseña no es una exigencia legal. En este sentido es ilustrativo que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo hayan declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva “en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente”. (SSTC nº 32/2003 y 475/2004) y SSTS nº 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005 y 863/2008).

La minoría de edad de afectado no justifica una excepción a este régimen general, en relación con una diligencia asimilable a la toma de impresiones decadaactilares.

B.- Inserción de la reseña de menores en la base de datos policial

Las Recomendaciones del Consejo de Europa en relación con las bases de datos de ADN incorporan, con carácter general, restricciones y garantías (vid. Recomendación (87)15 de 11 de septiembre de 1987, reguladora del uso de datos personales por la Policía y Recomendación (92) 1 de 10 de febrero de 1992, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal. En el mismo sentido se pronuncian los instrumentos emanados de las instituciones de la Unión Europea (vid. Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis del ADN, Decisión marco 2008/977/JAI sobre la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C 296/01).

Las restricciones y garantías marcadas por estos instrumentos han sido incorporadas a nuestro ordenamiento interno a través de la LO 10/2007.

En este contexto, la posibilidad de la inserción de los datos de identidad de ADN procedentes de menores en la base de datos policial puede afirmarse partiendo de las siguientes premisas:

- La Ley especial, como se ha expuesto más arriba, es aplicable supletoriamente al sistema de Justicia Juvenil.
- La finalidad de estas bases de datos es no solo la investigación y averiguación de delitos, sino también los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.
- Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial 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 Ley 10/2007).
- Los datos contenidos en la base de datos sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos a que se refiere la Ley (art. 7 Ley 10/2007).

- Como recuerda el Memorando explicativo de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, antes citada, la finalidad de estas bases de datos no es solamente la incriminación de sospechosos sino también la exoneración de inocentes. Esta dimensión polivalente de la utilización del ADN debe tenerse especialmente en cuenta dada la existencia de Sentencias de revisión que han rescindido condenas en base a la exoneración del condenado tras ulteriores análisis de ADN.

Por lo demás, la STEDH de 4 de diciembre de 2008 (S. y Marper contra Reino Unido) parte de la legitimidad de insertar registros de ADN de menores en bases de datos.

La Exposición de Motivos de la Ley 10/2007 también apunta hacia el carácter global de la base al declarar que el objeto de la Ley es *la creación de una base de datos en la que, de manera única, se integren los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*.

Debe entenderse, por tanto, que los datos de identidad de ADN procedentes de menores pueden ser incluidos en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que es la única prevista en la Ley, bien que con la indicación –como se hace en la práctica- de que proceden de un menor.

Respecto a la conservación de los datos registrados, el punto 8 de la REc.(92) 1 sobre *utilización de los análisis de ADN* dispone la destrucción de los datos al término del proceso “a menos que se precisen para necesidades vinculadas a aquellas para las que fueron extraídas, a la prevención general, siempre que el sujeto sea condenado...” y prevé plazos máximos de conservación a fijar por los Estados parte.

El régimen singular de la responsabilidad penal del menor debe comportar en nuestro ordenamiento especialidades en cuanto a la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN de los menores en la base de datos. Si con carácter general no puede exceder del tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme (art. 9.1 Ley 10/2007), en relación con menores condenados conforme a la LORPM, a efectos de determinar los plazos de cancelación de las medidas impuestas debe recordarse la doctrina sentada por la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores* que disponía al respecto que “se impone en este tema, una vez más, la aplicación supletoria del CP, y más concretamente, teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, su art. 137, según el cual *las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto (...) en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida*, sin plazos adicionales”.

Lógicamente, serán también aplicables las demás causas de cancelación previstas en el art. 9 de la Ley 10/2007, entre ellas, la absolución por sentencia firme.

Finalmente como garantía adicional del interés del menor afectado, se extiende a este ámbito la restricción del acceso a los asientos relativos a menores a los miembros del GRUME y a la Policía Científica.

V.- RÉGIMEN APLICABLE A LOS MENORES DE CATORCE AÑOS

Cabe plantearse si las disposiciones de la LO 10/2007 pueden ser aplicables a menores de 14 años.

A la hora de abordar esta cuestión, no resuelta expresamente por ninguna disposición normativa, no debe olvidarse que la base de datos no tiene como única finalidad la investigación de delitos, sino también la identificación de cadáveres y la averiguación de personas desaparecidas. A estos efectos ajenos al proceso penal, no existe ningún obstáculo a la inserción del perfil de menores de 14 años en la base de datos.

Por lo que se refiere a menores de 14 años implicados en la comisión (o sospechosos de estarlo) de alguno de los delitos a los que se refiere la LO 10/2007, el principio general debe ser el de la improcedencia de tomar muestras de su ADN, dado que los menores de 14 años no son susceptibles de intervención desde el ámbito de la LORPM. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 es rotunda al respecto: la nueva Ley declara irresponsables penalmente, sin excepción, a todos los menores de 14 años y prohíbe cualquier intervención sobre los mismos que no sea de carácter exclusivamente tuitivo

Este principio general de improcedencia de toma de muestras puede, no obstante, tener excepciones.

En efecto, debe entenderse que -de manera indirecta y tangencial- los menores de 14 años también se ven afectados por las previsiones de la LORPM. Así, el art. 3 LORPM establece que “cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”.

De esto se deduce que la comisión de hechos delictivos por menores de 14 años no le es indiferente a la LORPM y puede afirmarse que dicha comisión genera actuaciones tanto por parte de la Policía que debe elaborar un informe, como del Fiscal, que a la recepción del informe debe abrir Diligencias Preliminares. No obstante, estas actuaciones son limitadas y desde luego quedan al margen del proceso educativo sancionador previsto en la LORPM.

En cuanto a la intervención Policial, la Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *protocolo de actuación policial con menores* en su punto 3.3.3 b) dispone que en estos casos la intervención de la Policía consistirá en la participación al Ministerio Fiscal de los hechos y circunstancias conocidas, con confección y remisión del correspondiente informe policial.

Es evidente que dicho informe policial ha de extenderse a la identificación del menor. De nuevo debe aclararse que tal identificación tendrá por finalidad exclusiva la de posibilitar ulteriores actuaciones protectoras, si las mismas se revelan necesarias.

En estos casos, pues, es claro que los menores infractores de menos de 14 años deberían ser identificados. Aunque las reseñas fotográficas y dactilares y en su caso, la toma de muestras a efectos de ADN solamente deben practicarse como regla general respecto de menores mayores de 14 años, cabría practicar tales reseñas a menores infractores que en el momento de la comisión del hecho no hayan alcanzado los 14 años a los exclusivos fines de asegurar su protección, y siempre que el análisis del ADN fuera imprescindible para una plena identificación.

Cabría también plantearse el supuesto de que al menor de catorce años se le imputara un delito de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) y fuese necesario la práctica de una pericial de análisis de ADN, no para conocer su identidad, sino a efectos de comprobar mínimamente la participación del mismo en los hechos y a fin de posibilitar la intervención protectora, en la inteligencia de que la comisión de determinados delitos es un dato objetivo de especial importancia a los efectos de fundamentar la intervención protectora de las Entidades Públicas.

En otro orden de cosas, hay que considerar que la investigación de los hechos graves que integran los delitos a que alude la LO 10/2007 no puede cerrarse sin más cuando las sospechas o evidencias de la autoría recaigan sobre persona menor de 14 años. La exención de responsabilidad penal del sospechoso no excluye sino, al revés, demanda su completa identificación como autor de los hechos para descartar otras sospechas y cerrar vías de investigación, pero sobre todo para dispensar en su caso la protección que la situación de riesgo del menor demande.

Para estos supuestos ha de entenderse que, de nuevo a los efectos exclusivamente de protección, y siempre que fuera imprescindible para determinar la identidad del menor y su relación con los hechos delictivos investigados, podría el Fiscal acordar la práctica tal diligencia, utilizando el trámite de las Diligencias Preliminares abiertas.

Para ello sería necesario recabar el consentimiento del menor, si es mayor de doce años y tiene suficiente juicio. Si el menor no tiene más de doce años o si siendo mayor de doce no tiene madurez suficiente, habría de recabarse el consentimiento de sus representantes legales (vid. por analogía, art. 9.3 c) de la 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*).

En estos casos, el resultado de las pruebas debería hacerse constar en el Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares, que en su caso tendría que ser remitido, junto con el testimonio de las actuaciones, a la Entidad Pública de Protección de Menores a los efectos previstos en el art 3 LORPM.

Esta práctica de diligencias a efectos de protección debe ser acordada únicamente con carácter excepcional y conforme al principio del superior interés del menor, concretado en estos supuestos en la necesidad de conocer extremos que pueden ser relevantes a la hora de decidir respecto a la procedencia de adoptar medidas tuitivas.