

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN TERCERA
VALENCIA

Rollo de apelación ||||
Procedimiento: D. Previas ||||
Juzgado de Instrucción num. 10 de Valencia

AUTO 873/21

Sres.
Presidenta
D^a. M. Carmen Melero Villacañas-Lagranja
Magistrados
D^a. Lucía Sanz Díaz
D. Jesús L. Rojo Olalla

En Valencia, a ocho de septiembre de dos mil veintiuno
Dada cuenta, y concurriendo los siguientes

HECHOS

PRIMERO. - En fecha 24-8-2021 se dictó, en la causa tramitada en el J. Instrucción 10 de Valencia con num. ||||| de Diligencias Previas, Auto por el que se acordó autorizar al Grupo Policial investigador, en los términos recogidos en la expresada resolución, la toma de muestras biológicas de los investigados ||||| y otro por su indiciaria participación en un delito de robo con violencia, frente a cuya resolución se interpuso recurso directo de apelación por el Letrado **D. Pedro Jesús López Cañada**, en representación de |||||, a cuyo recurso se le ha dado el trámite previsto legalmente, oponiéndose al mismo el Ministerio Fiscal, quienes lo hicieron con base a lo aducido en los escritos que, por su orden, presentaron al efecto.

Tras efectuar los interesados cuantas alegaciones estimaron oportuno en defensa de sus respectivos intereses y aportado, en su caso, documentación justificativa de las mismas, fueron elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial a fin de resolver el mencionado recurso.

Tras efectuar los interesados cuantas alegaciones estimaron oportuno en defensa de sus respectivos intereses y aportado, en su caso, documentación justificativa de las mismas, fueron elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial a fin de resolver el mencionado recurso.

SEGUNDO. -Recibidas las actuaciones en la Secretaría de esta Sección, se ha procedido a formar el correspondiente rollo, siendo turnada la Ponencia a la Magistrada D^a. Lucía Sanz Díaz, quien expresa el parecer del Tribunal tras la oportuna deliberación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. – Frente a la resolución dictada por la Instructora, autorizando al Grupo Policial investigador la toma de muestras biológicas del investigado ||||| y de otro por su indiciaria participación en un delito de robo con violencia, se alza el apelante interesando sea revocada dicha autorización, fundamentando su pretensión en la ausencia de justificación de la medida, no razonado el auto recurrido de qué manera la toma de muestras biológicas acordada va a contribuir al esclarecimiento de los hechos a que se contraen las actuaciones o a la autoría de los mismos, careciendo al autorización de la debida proporcionalidad.

Entablado así el recurso, conviene tener presente que, como reglas básicas para la activación de medidas de injerencia corporal como la aquí tratada, la CE y el CEDH reclaman, de manera inderogable, que la injerencia responda a un complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: que la medida esté prevista en la ley; que resulte idónea para la consecución de los fines que la justifican; que sea necesaria en cuanto la evidencia no pueda obtenerse por medio de otros mecanismos con menos carga de lesividad; que entre la lesión que pudiera suponer la injerencia y la finalidad perseguida se identifique una razón justificativa del sacrificio suficientemente seria; y que, de manera acentuada en nuestro sistema constitucional, la medida se ordene de conformidad al procedimiento fijado en la ley con base a adecuadas razones justificativas que patenten la concurrencia de los anteriores presupuestos -vid. entre otras, SSTEDH, Bykov c. Rusia, de 10.3.2009 ; Szuluk c. Reino Unido, de 2.9.2009; Uzun c. Alemania de 2.9.2010; Viozel Burzo c. Rumanía, 30.9.2009 ; Xavier da Silveira c. Francia, de 21.4.2010; Raducu c. Rumanía, de 21.7.2009; Gafgen c. Alemania, de 1.6.2010 ; Jalloh c. Alemania, 11.7.2006 y SSTC 87/2001 , 22/2003 , 184/2003 , 136/2006 , 66/2009 , 128/2011 -

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el art. 363.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que *"Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad"*.

Asimismo, la Disposición Adicional Tercera de la L.O 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se refiere a la obtención de muestras biológicas para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, al permitir a la policía judicial la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito, si no hay consentimiento del afectado, se requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y, por último, el referido artículo 3 menciona los *"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 (...)".

Es decir, que para adoptar la medida de injerencia es preciso llevar a cabo un juicio de proporcionalidad amparado en la garantía jurisdiccional para controlar si el delito que se investiga se encuentra incluido dentro de la previsión legal de la LO 10/2007, y además, si dicha medida es adecuada, idónea y necesaria en relación con las circunstancias del caso.

Ninguna duda hay de que, en el supuesto de autos, el delito objeto de investigación -robo con violencia, art. 242 CP- se encuentra entre los que cita la expresada Ley.

Ahora bien, partiendo de las anteriores premisas, la medida acordada a través de la resolución recurrida no resulta justificada en el supuesto analizado por cuanto no consta qué utilidad puede tener la determinación del perfil de ADN, en este caso del recurrente, para esclarecer su supuesta implicación en los hechos objeto de la presente causa y, ello, partiendo de que no consta la recogida de restos genéticos o muestras biológicas que pudieren estar vinculados de alguna manera con el lugar de los hechos de autos o de sus autores y cuyo perfil de ADN pudiere ser contrastado con el del recurrente a partir de las muestras obtenidas de éste.

La presente causa se puso en marcha con ocasión del atestado instruido por el robo con violencia del que resultó perjudicado un taxista y que fue cometido en la C/ 1ª de Valencia cuando la víctima ya había estacionado su vehículo e iba andando por la citada calle, a quien arrebataron diversas pertenencias. Ningún resto, huella, vestigio o fluido ha sido recogido en relación con los hechos de autos.

En la petición formulada por el Grupo Policial investigador nada se dice acerca de en qué medida puede reportar algo el perfil genético que pretende ser obtenido de los investigados -a partir de una muestra biológica de los mismos- en relación con la investigación de los hechos de autos; tampoco el Ministerio Fiscal, en su informe previo al auto aquí recurrido y en el posterior impugnatorio al recurso, explica la necesidad de la obtención de muestra biológica de los investigados para esclarecer los concretos hechos de autos, bien en relación con la forma en cómo se cometieron, o bien respecto a su autoría. Y, otro tanto ha de predicarse del auto recurrido.

El silencio sobre la clase y naturaleza de los restos o vestigios con los que hubiera de ser contrastado el perfil biológico del recurrente convierte la solicitud policial y la resolución que la acepta en una autorización genérica carente del necesario juicio de proporcionalidad (idoneidad y necesidad de la medida) sobre la injerencia en la intimidad del recurrente. Ninguna necesidad hay de definir el perfil genético del apelante a través de la toma de muestras biológicas si no hay huella, muestra, ni fluido alguno con el que contrastar aquel.

Se aduce por el Ministerio Fiscal en su informe impugnatorio al recurso que *"....La cobertura legal de la medida de identificación, su adecuación protocolaria al caso, en consideración a la naturaleza y gravedad del hecho objeto de investigación, y la negativa del investigado a la recogida de la*

muestra biológica, imponen la necesidad de la autorización judicial que se lleva a cabo mediante la resolución debidamente motivada que se ha dictado y que es objeto de impugnación, que se cuestiona exclusivamente por entender que tal medida debe adoptarse en función de la acreditación de algún pormenor directamente relacionado o conducente a la acreditación del hecho objeto de investigación, lo que no es así....”.

No asiste la razón al M. Fiscal. La autorización judicial para la obtención de muestras biológicas de un investigado tiene que tener una utilidad y ser idónea en aras al esclarecimiento del concreto delito objeto de investigación en la causa en la que se confiere la autorización.

Cuestión distinta es que, de ser necesaria, idónea y pertinente la medida de injerencia en la concreta investigación puesta en marcha, los identificadores obtenidos a partir del perfil genético -ADN- pasen a integrar la base de datos creada al efecto a través de la LO. 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, cuya base de datos nace, precisamente, para su utilización, no solo en el marco de una investigación penal concreta, sino para las futuras. Pero lo que no cabe es autorizar la injerencia para la investigación, no del delito concreto, sino de posibles futuros delitos, porque en tal caso estaríamos ante una medida prospectiva.

En consecuencia, procede, con estimación del recurso, la revocación del auto recurrido.

SEGUNDO. - No procede hacer expreso pronunciamiento en el pago de las costas causadas en la alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia **ACUERDA:**

PRIMERO. - Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado **D. Pedro Jesús López Cañada**, en representación de |||||, contra el auto de fecha |||||

SEGUNDO. - Revocar parcialmente el expresado auto en relación con el apelante.

TERCERO. - No hacer expreso pronunciamiento en el pago de las costas causadas en la alzada.

A su tiempo y con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Llévase testimonio al Rollo.

Notifíquese el presente Auto al Ministerio Fiscal y demás partes del procedimiento, quedando enteradas que contra el mismo no cabe recurso

alguno.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.