

LA PRUEBA POR MARCADORES DE ADN

Susana I. Álvarez de Neyra Kappler
Profª Contr. Dra. de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

- 1.- INTRODUCCION. Nociones generales.
- 2.- LA PRUEBA GENETICA EN EL PROCESO PENAL.
 - 2.1.- CATALOGO DE DELITOS.
 - 2.2.- FASES DEL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACION.
 - 2.2.1.- 1ª Fase: De recogida de las muestras o indicios en el lugar de los hechos o sobre la víctima.
 - 2.2.2.- 2ª Fase: El análisis propiamente dicho de los perfiles del ADN previamente obtenidos.
 - 2.2.3.- 3ª Fase: Contraste de perfiles genéticos obtenidos e interpretación de resultados.
 - 2.2.4.- 4ª Fase: La introducción de la fuente de prueba en el proceso.
- 3.- LA EXTRACCION DE MUESTRAS DEL ADN DEL IMPUTADO. VICTIMA. TERCEROS.
 - 3.1.- La víctima.
 - 3.2.- Terceros.
 - 3.3.- El imputado.
- 4.- EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO COMO FUENTE DE LEGITIMACION DE LA TOMA DE MUESTRAS. LA TOMA SUBREPTICIA. EL USO DE LA FUERZA FISICA.
 - 4.1.- Introducción.
 - 4.2.- La toma de muestras sin el consentimiento del interesado: toma de vestigios del lugar de los hechos o de objetos del acusado (sin su consentimiento).
 - 4.3.- La toma de muestras contra el consentimiento del interesado.
 - 4.3.1.- El posible uso de la fuerza física.
 - 4.3.2.- Consecuencias de la negativa.
- 5.- DERECHOS AFECTADOS.
 - 5.1.- Introducción.
 - 5.2.- Afectación de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva o material.
 - 5.2.1.- Derecho a la integridad física o moral.
 - 5.2.2.- Derecho a la salud.
 - 5.2.3.- Derecho a la libertad personal.
 - 5.2.4.- Derecho a la intimidad.
 - 5.2.5.- Derecho a la intimidad genética.
 - 5.2.6.- Derecho a la dignidad personal.
 - 5.3.- Afectación de derechos fundamentales de naturaleza procesal.
 - 5.3.1.- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
 - 5.3.2.- Derecho a un proceso con todas las garantías.
 - 5.3.2.1.- Derecho de defensa del imputado en la instrucción.
 - 5.3.2.2.- La prueba de análisis de ADN en el juicio oral y el derecho de defensa de los acusados.
 - 5.3.3.- Derecho a la presunción de inocencia.

6.- EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN.

RESUMEN:

Sin duda, la prueba por medio de marcadores genéticos se ha erigido en los últimos años como la <<regina probatorum>> del proceso penal. Hace apenas dos décadas que se emitió en nuestro país el primer informe pericial de ADN y los avances en esta materia han sido más que notables. No obstante, si bien no podemos pretender que los operadores jurídicos sean científicos, sí que estimamos necesario poseer unos conocimientos básicos que ayuden a una mejor utilización y, sobre todo, valoración, de esta prueba. Siempre, desde un enfoque netamente constitucionalista, de protección de los múltiples derechos fundamentales en juego. Y sin olvidar que los resultados que arrojan estas pericias, son cálculos probabilísticos, que, en modo alguno, por sí solos, pueden hacer prueba plena. Es 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.

1.- INTRODUCCION. NOCIONES GENERALES

En España, la policía científica comenzó a trabajar con muestras de ADN a principios de los años noventa. Así pues, se cumple ya más de dos décadas desde el primer informe emitido por la Sección de Biología del Instituto de Toxicología de Madrid, en el que por vez primera se utilizó la tecnología del ADN en España, en la investigación de un presunto delito de violación. A día de hoy, la *Sección de Biología del Instituto Nacional de Toxicología* y el *Laboratorio del Servicio Central de Policía Científica* están en condiciones de aplicar la compleja tecnología del ADN como método de identificación genética con plenas garantías de fiabilidad.

La laguna legal existente en esta materia la quiso empezar a paliar la reforma de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (en adelante, LECri) del año 2003, regulando el uso de las pruebas de ADN en las investigaciones penales, permitiendo al juez instructor autorizar la toma de muestras de sospechosos de delitos graves.

Con relación a las bases de datos de perfiles de ADN en España, se contaba con dos bases de datos: una, la de la Policía Judicial, integrada con perfiles de ADN donado por familiares de personas desaparecidas, llamada *Humanitas*, y otra, *Veritas*, con perfiles de muestras recogidas durante investigaciones de delitos.

La Guardia Civil seguía la misma estructura: una base para familiares de desaparecidos, *Fénix*, y otra, llamada *ADNIC*, para asuntos criminales. Ambos cuerpos intercambiaban perfiles genéticos, pero no de forma automática, al no estar conectadas las bases de datos, lo que restaba eficacia en la investigación. Por ello, con fecha de 8 de octubre de 2007, se aprobó la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la *Base de Datos Policial sobre Identificadores Obtenidos a partir de ADN*, archivo en el cual se volcaron todos los perfiles genéticos de los cuatro registros existentes en las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Sin embargo, con independencia del número de perfiles que se almacene y aunque las bases de datos estén interconectadas entre sí, el problema es que la inmensa mayoría de perfiles no tiene nombre; es decir: no se sabe a quién corresponden esos perfiles (que en un 30% de los casos de ADN *Veritas* coinciden entre sí, lo cual indica una reiteración delictiva de esos sujetos de los cuales se tiene el ADN pero no la identidad).

2.- LA PRUEBA GENETICA EN EL PROCESO PENAL

En esta materia, debemos partir siempre del enfoque constitucional. Los numerosos estudios de este tema se han centrado de forma preferente en el análisis de la

posible vulneración de derechos fundamentales del individuo con la aplicación de estas técnicas identificadoras, así como en la necesidad de limitar estas pruebas y su uso. Es necesario efectuar en cada caso una correcta ponderación de los bienes en conflicto, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y de la menor injerencia, así como la prelación de valores constitucionales o la forma y medida en que unos valores deben ceder ante el respeto de otros.

2.1.- CATÁLOGO DE DELITOS

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, establecía en su art. 3.1 que se inscribirían en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN 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 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, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados¹.

Sobre el catálogo de delitos, es necesario tener en cuenta no sólo lo establecido en el Código Penal, sino también la legislación penal especial (Ley 40/1979, Control de Cambios, Ley Orgánica 5/1985, Régimen Electoral General; Ley 209/1964, penal y procesal de la Navegación Aérea), militar y de menores. Entendemos que no deben incluirse los delitos con pena principal no privativa de libertad superior a 5 años, pues dado lo extenso del catálogo y en atención al principio de proporcionalidad, deberían excluirse los mismos. En todo caso, sería conveniente establecer unos criterios

1 Art. 282, bis, 4: <<A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la *Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre*, de represión del contrabando.

restrictivos que den prioridad a aquellos delitos que dejen huella genética y los que atenten a las personas (homicidios dolosos, asesinatos, lesiones, detenciones ilegales y secuestros, agresiones sexuales), contra las salud pública (tráfico de drogas), contra el orden público (terrorismo) y contra el patrimonio (robos con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas) y delitos cometidos por la delincuencia organizada.

2.2.- FASES DEL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACION

2.2.1.- 1ª Fase: De recogida de las muestras o indicios en el lugar de los hechos o sobre la víctima.

En esta primera fase, de enorme importancia para que la prueba pueda llevarse a efecto con todas las garantías de autenticidad, integridad y fiabilidad, la legislación española carece de un *protocolo de actuación* que asegure la cadena de custodia (lo que por la jurisprudencia se ha venido a llamar la <<mismisidad de la cosa>>).

Los vestigios que pudieran hallarse en la escena del delito, deben contribuir al esclarecimiento de los hechos, si bien tratándose en principio de muestras o vestigios de origen desconocido, la orden de recogida no se dirige contra ninguna persona en concreto, por lo que parte de la doctrina entiende que no es necesario motivar la decisión de la recogida, al no verse afectados derechos fundamentales mientras no fuera posible identificar a la persona que dejó tales vestigios. Supuesto distinto son los casos en que la recogida de la muestra se debe hacer directamente *sobre* el cuerpo de la persona, así, v. gr., cuando es necesario obtener una muestra de cotejo con la hallada en el lugar de los hechos o en el cuerpo u objetos de la víctima.

En principio, la recogida de muestras e indicios en el lugar de los hechos, constituyen actos que tradicionalmente se incardinaban en la diligencia de la inspección ocular de los arts. 326 y ss. LECri, por lo que la necesaria previsión legal parecía estar cubierta. Sin embargo, hasta la reforma del art. 326 en el año 2003, y de la promulgación de la LO 10/2007, el art. 778.3º no establecía un régimen legal adecuado a esta fase, pues ni tenía en cuenta (al igual que no lo hacía el art. 363) la afectación de derechos fundamentales, ni dotaba la norma de las adecuadas garantías de seguridad jurídica en lo referente a la persona que hubiere de recoger las muestras (“otro perito”), con el riesgo de que la prueba pudiera devenir en inválida. Y sin olvidar que no se aludía a la necesaria e inmediata puesta a disposición judicial del material genético obtenido y al adecuado control judicial del mismo.

La LO 10/2007 prevé un doble supuesto: si de lo que se trata es de la recogida de muestras halladas *en la escena del delito* (no se dice nada del cuerpo de la víctima), lo podrá hacer la propia policía judicial en el normal desarrollo del ejercicio de sus funciones, sin necesidad de que el juez de instrucción tenga que ordenar las medidas necesarias para la recogida de los vestigios biológicos, disponiendo su envío al laboratorio que correspondiera para la práctica del análisis del ADN, asegurando la cadena de custodia de la muestra.

Si, por el contrario, se tratare de *muestras del imputado*, detenido o sospechoso, la ley, a su vez, distingue dos supuestos:

- para el caso que la toma de muestras y fluidos no requiera intervención o inspección corporal del afectado, lo hará la propia policía judicial, sin necesidad del juez de instrucción (se equipara a la recogida de muestras halladas en la escena del delito)
- en caso contrario, y a falta del consentimiento del afectado, será necesaria la autorización judicial motivada habilitante.

Esa resolución judicial motivada deberá acreditar razones de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida adoptada, que justifique la obtención de muestras biológicas que resultaren indispensables para la obtención de su huella genética, y, tras ello, el aseguramiento de la identidad y autenticidad de la muestra.

Actualmente, el nuevo párrafo tercero del art. 326 se limita a regular la cuestión principal de la competencia para efectuar tal recogida, estableciendo 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 la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad”.

De este modo:

- si hubiere peligro de desaparición de la muestra, podrá la policía judicial recogerla por sí misma, poniéndole posteriormente a disposición judicial,
- en caso contrario, la competencia de la recogida será exclusivamente jurisdiccional, si bien podrá proceder el juez por sí mismo o bien ordenar la recogida a la policía o al médico forense.

Caso de no respetarse ese régimen legal, se deberá decretar la nulidad de la diligencia.

2.2.2.- 2ª Fase: El análisis propiamente dicho de los perfiles del ADN previamente obtenidos.

La R (92) 1 del Consejo de Europa (de 10 de febrero de 1992), ponía de manifiesto que “el análisis del ADN es una técnica avanzada que únicamente debe ser realizada por laboratorios que posean las instalaciones y experiencias apropiadas”, y la *Sociedad Internacional de Homogenética Forense* (ISFH), acordó establecer unas condiciones mínimas para que un test forense de esta naturaleza pudiera ser admitido como prueba ante un tribunal, tratando de homogeneizar el protocolo de realización de estas pruebas, así como de establecer unos cánones de fiabilidad.

Para que pueda ser admitido como prueba, se exige el cumplimiento de tres condiciones:

- la técnica empleada debe estar contrastada por la experiencia y la teoría científica tiene que ser admitida por la comunidad científica (*Frye test*)
- la aplicación correcta y adecuada al caso concreto debe demostrarse con absoluta claridad y transparencia, y
- debe ser realizada por un centro homologado.

En España, esta tarea, entre otras, le corresponde a la *Comisión Nacional sobre el Uso Forense del ADN* (así como la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos; 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; la fijación de medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, y así como de los análisis y los datos que se obtengan de las mismas, etc.).

2.2.3.- 3ª Fase: Contraste de perfiles genéticos obtenidos e interpretación de resultados.

El análisis pericial de las muestras de ADN básicamente, a lo que tiende, es a la identificación del sospechoso.

Debemos tener siempre presente que los resultados obtenidos del proceso de identificación, estableciendo la coincidencia de perfiles de ADN objeto de contraste,

sólo ofrecen una *posibilidad*, en relación con el sospechoso y con los grupos de población de su entorno, pero en ningún caso la certeza absoluta, por lo que tales resultados no pueden ser aceptados de forma automática, ni hacen, por sí solos, prueba plena, a pesar de la altísima fiabilidad de esta prueba. Debemos tener en cuenta que aunque coincidan los marcadores analizados, siempre existirá un x por ciento de incertidumbre que, aunque pueda ser mínimo, siempre estará sujeto a la valoración judicial, pues la decisión final no se debe apoyar sólo en la posibilidad estadística, sino también considerando el resto de las pruebas que se hayan practicado.

2.2.4.- 4ª Fase: La introducción de la fuente de prueba en el proceso.

Aquí, la cuestión más relevante, y la más difícil, es determinar si el análisis del ADN posee una naturaleza instructora o probatoria, o participa de ambas.

Por la propia especialidad del análisis del ADN, éste tiene una función inmediata de investigación, y, a la vez, pueden estar generando determinados elementos probatorios, los cuales, si se han observado las garantías establecidas, podrán introducirse en el juicio oral a través de concretos medios de prueba.

El problema radica en velar por el respeto a los derechos fundamentales en la obtención de la fuente de prueba, pues en algunos casos será necesaria una intervención corporal para la obtención de la muestra biológica indubitada (es decir, de aquella que, a diferencia de la dubitada, sí se conoce a su propietario), lo que a su vez puede suponer una limitación del derecho a la integridad física del art. 15 CE, y que, en última instancia, afectará o podrá afectar al derecho a la intimidad del imputado.

Así pues, no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba que puede crear elementos probatorios que habrán de ser introducidos en el acto del juicio oral mediante los oportunos medios de prueba”.

3.- LA EXTRACCION DE MUESTRAS DEL ADN DEL IMPUTADO. VICTIMA. TERCEROS.

Cualquier persona puede ser fuente de ADN, pudiéndose distinguir:

3.1.- LA VICTIMA

Conocer su ADN puede ser imprescindible para la correcta interpretación de los resultados, especialmente en los casos en que existen contaminaciones en las muestras. La posibilidad de que las intervenciones corporales puedan ser aplicadas sobre la víctima del delito, se supedita a que se cumplan al menos, los mismos requisitos y garantías que si se aplicaran a los sospechosos del delito. En el caso poco probable de oponerse la víctima al análisis de una muestra de ADN, se le deberá informar de que, además de perjudicado, tiene la condición de testigo, si bien a gran parte de la doctrina le parece desproporcionado someterla forzosamente a la práctica de la prueba si no fuese su voluntad. Si ya es dudoso y discutible la posibilidad de la obligatoriedad de someter al imputado a este tipo de muestras, con más razón a la propia víctima del delito, si bien la prueba de ADN sobre la misma podría ser la mejor fuente de prueba, no ya inculpatoria, sino exculpatoria para el imputado.

La exclusiva mención del art. 363 LECri al sospechoso, parece que impide que la autoridad judicial pueda acordar que la víctima sea sometida de manera obligatoria a ese tipo de diligencia, si bien podemos sostener lo siguiente:

1º.- que, aunque el art. 363 LECri no dé suficiente cobertura a esta posibilidad no permite concluir que la excluya en todo caso, y, sin embargo, sí la podría dar el art. 778.3.

2º.- porque la víctima tiene una serie de deberes para con la administración de justicia, cuyo incumplimiento reportaría no sólo consecuencias procesales, sino también penales

3º.- porque la prueba genética puede resultar decisiva, no sólo para lograr la condena de un culpable, sino para evitar la de un inocente

3.2.- TERCERO CONTAMINANTE.

Por contaminación negligente por quien haya obtenido la muestra. Será precisa la obtención de una muestra indubitada de ADN del manipulador para comprobar si coincide o no con el calificado como contaminante.

3.3.- EL SOSPECHOSO, IMPUTADO O DETENIDO.

Para poder afirmar que un indicio determinado es de un imputado, tiene que existir una coincidencia total y absoluta en todos los *loci* de ADN analizados, debiendo realizarse posteriormente los cálculos estadísticos poblacionales necesarios para expresar la probabilidad o margen de acierto. El eventual consentimiento del imputado a someterse a una medida de intervención corporal no legítima, *per se*, a ésta, pues dichas medidas deberán ser, en todo caso, respetuosas con su integridad física y moral, su salud y dignidad personal, su intimidad, y proporcionales con los hechos investigados.

Por otra parte, la adopción de una medida tan importante como la de un análisis genético no puede tener nunca carácter autónomo, sino instrumental o subordinado a la investigación penal en curso y necesario para la averiguación de un hecho punible de cuya realización existan indicios de cierta entidad. La medida de análisis genético no es ni podría ser el primer paso de la investigación, sino la consecuencia de otros que acrediten su necesidad. Es decir, debe cumplir en todo caso el principio de proporcionalidad. Esto último adquiere especial relevancia en el caso de toma masiva de muestras. El principio de la proporcionalidad se configura como la prohibición del exceso, a través de los principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto (o valoración del interés). Supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos social e individualmente considerados, y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes. En virtud de este principio de proporcionalidad, la limitación de derechos fundamentales exige la concurrencia de ciertos requisitos:

- previsión legal de la medida limitativa: es necesaria la previa autorización legal. Así, el TEDH, en su sentencia del caso *Kruslin*, afirmó que la medida debe tener cobertura legal en el derecho interno, y la ley debe tener una cierta “entidad”².

- adoptada por medio de resolución judicial motivada: se requiere resolución dictada por un órgano judicial, y ésta debe reservarse a los supuestos más graves. Se impone a su vez la motivación de la resolución judicial, para controlar así la razón que justificó el sacrificio del derecho fundamental.

- que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido: la ponderación entre los intereses en juego para que la limitación de los derechos sólo lo sea frente a adecuadas exigencias del interés estatal, y siempre que no se hayan intentado, o no quepan, otros medios que impliquen evitar una lesión en los derechos

2 Que en nuestro sistema jurídico entendemos vendrá referido a la necesidad de ley orgánica, al incidir en derechos fundamentales.

del individuo, así como que la medida por la que se produce la limitación de aquéllos sea también adecuada.

4.- EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO COMO FUENTE DE LEGITIMACION DE LA TOMA DE MUESTRAS. LA TOMA SUBREPTICIA. EL USO DE LA FUERZA FISICA

4.1. INTRODUCCION

Aún siendo cierto que nuestro texto constitucional no prevé expresamente la posibilidad de limitar el derecho a la integridad física del art. 15 y el derecho a la intimidad del art. 18.1, y a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales, no por ello se convierten en derechos absolutos no susceptibles de limitación. De hecho, tanto el consentimiento, libre, consciente y expreso del afectado, como la autorización judicial (en caso de no poderse recabar aquél), permitirían la limitación de los antedichos derechos. Entendemos que este consentimiento del interesado es válido, siempre que se prestara cumpliendo lo anterior, y con independencia de en qué lugar o momento se otorgara aquél. Así, v.gr., si se presta este consentimiento en sede policial, con asistencia letrada, sería plenamente válido. En los casos en que el afectado no prestare su consentimiento, éste se podrá recabar bien *sin* su voluntad, bien *contra* su voluntad. Según estemos en uno u otro supuesto, su tratamiento y las consecuencias también serán diversas.

La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de *la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN*, establece en su Disposición Adicional 2ª que la toma de muestras biológicas obtenidas *directamente* de una persona sospechosa sin su consentimiento requerirá siempre la autorización judicial y añade un párrafo 3º al art. 326 LECri, con el siguiente contenido:

b) *"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".*

c) *"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".*

Es necesario, pues, analizar la posible coercibilidad de la prueba biológica, así como la interpretación jurídica de la negativa del inculpado a prestarse al reconocimiento necesario para la práctica de un análisis de ADN. Es decir, debemos resolver dos nuevos interrogantes:

1º.- Si el sometimiento a esta prueba de perfiles de ADN ha de tener carácter obligatorio o cabe que el imputado se pueda negar a ella, y

2º.- Siendo posible el sometimiento voluntario a esta prueba, determinar las consecuencias que le pueden acarrear al imputado si se niega a tal sometimiento.

4.2.- LA TOMA DE MUESTRAS SIN EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO: TOMA DE VESTIGIOS DEL LUGAR DE LOS HECHOS O DE OBJETOS DEL ACUSADO (SIN SU CONSENTIMIENTO)

La toma subrepticia de muestras son casos en que el acusado ignora que con su conducta está facilitando una posible muestra o la utilización de muestras corporales extraídas del cuerpo del sospechoso voluntariamente para otros fines que después son utilizadas a los fines de la investigación penal (v.gr., la recogida de una colilla del detenido en comisaría).

Estaríamos ante los vestigios que, conteniendo información genética del acusado, se pueden obtener sin necesidad de su colaboración. Se englobarían tanto las muestras que aparecieran en el *lugar de los hechos*, que, al pertenecer al acusado, evidencian su presencia en aquél o, incluso, su participación en el hecho delictivo, como las muestras que pertenecen a la víctima, pero localizadas en *objetos personales* del acusado, que igualmente demostrarían tal participación.

En cualquiera de estos supuestos, el Juez de Instrucción, sobre la base del art. 334 y concordantes de la LECri (tales como el art. 326 sobre la inspección ocular o 478 sobre la diligencia de entrada y registro), deberá tomar tales muestras, e incorporarlas al proceso. La recogida en sí, que en la práctica se delega al personal especializado y encargado de ello (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 entredicho.

Para el supuesto en que fuera acordada por la autoridad judicial la práctica de este tipo de pruebas y el sujeto se negara a facilitar la muestra, entiende la doctrina que la obtención subrepticia de aquélla, sin el conocimiento ni consentimiento del imputado (pero sin uso de la fuerza coactiva) sería plenamente válida, ejecutando la previa orden judicial desobedecida por el sospechoso, más aún si nos atenemos al tenor de la DA 2ª de la LO 10/2007, que sólo requiere la autorización judicial para la toma de muestras que se obtengan directamente *sobre* el sospechoso, a falta de su consentimiento.

4.3.- LA TOMA DE MUESTRAS CONTRA EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

Básicamente, los mayores problemas que nos encontramos aquí son, de una parte, el de determinar si es posible o no el uso de la fuerza compulsiva para la obtención de una muestra de ADN del acusado, cuando éste no preste voluntariamente su consentimiento para ello y, de otra, las consecuencias que de su negativa se pudieren inferir; es decir, debemos analizar si existe obligación procesal de someterse a las pruebas, y si es así, o no lo es, las consecuencias que pueden extraerse en el proceso penal de aquella negativa a permitir la pericia.

4.3.1.- El posible uso de la fuerza física.

En primer lugar, surge la necesidad de determinar y aclarar si el sometimiento a los análisis de ADN, mediante resolución judicial, constituye o no una auténtica obligación procesal y si su sujeto pasivo puede ser constreñido a su cumplimiento, bien directamente mediante el uso de la fuerza o la exclusión de su necesario consentimiento, bien indirectamente mediante la imposición de una sanción o con la posibilidad de valorar su negativa al cumplimiento como un indicio de culpabilidad. Con anterioridad a la reforma del año 2.003, y dada la falta de una previsión legal en este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina, se mostraban unánimes a la hora de negar la legitimidad del uso de la fuerza física para la toma de muestras de ADN. Ni la reforma del año 2003, ni posteriormente, la LO 10/2007 se han pronunciado expresamente al respecto.

Por lo tanto, desde nuestra perspectiva constitucional y jurisprudencial, debemos concluir que la prueba del ADN no puede ser admitida como válida, cuando la decisión de la intervención no esté amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y proporcional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación, sin que, según la opinión mayoritaria, sea admisible la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que éste se preste a la práctica de la prueba. El TC³ ha reiterado que, aún tratándose de intervenciones corporales de carácter leve, siempre es necesaria la autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad y el libre consentimiento del imputado, prestado en presencia letrada si se hallare detenido y sin que se admitiera la imposición coactiva de tales medidas, por mucho que con ella pueda obtenerse la verdad material, pues debe ésta lograrse por vías formalizadas, siendo contraria esa imposición *manu militari* al art. 17 CE.

La STC 37/1989, siguiendo el criterio de la Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, ha establecido la doctrina según la cual, si la orden se realiza cumpliendo formal y materialmente con todos los requisitos exigibles, se puede obligar a su ejecución mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pudieren seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero en ningún caso mediante el empleo de la fuerza física, que sería degradante e incompatible con el art. 15 CE.

No obstante, ello no puede significar que el sometimiento a determinadas intervenciones corporales no constituya una obligación procesal. Si el imputado se niega a permitir la medida, existiendo indicios suficientes para considerarle autor de los hechos, y la prueba genética aparece como necesaria, puede el juez sustituir dicho consentimiento a través de auto motivado, si bien se discute sobre el verdadero valor de éste si el obligado se opone a cumplirlo.

Dicha doctrina ha sido objeto de duras críticas, señalándose que carecería de ejecutabilidad, haciendo surgir una especie de “auto rogatorio”, dejándose en manos del justiciable la posibilidad de realizar este tipo de diligencias, y sin que, por tanto, en la mayoría de los casos, se pudiera llevar a cabo. En consecuencia, la posibilidad de practicar la prueba de ADN y, en general, cualquier prueba biológica, dependería del sometimiento que la persona afectada efectúe, pues el superior principio de la libertad individual impediría emplear cualquier tipo de fuerza o coacción para obtener las muestras sanguíneas. Ello no obstante la carga de soportar las consecuencias que del rechazo pudieren derivarse, consecuencias de las que el sujeto debía ser advertido, y que, principalmente, consistirían en la valoración que el juez sentenciador pudiere llegar a hacer de su negativa (como un indicio sobre el que basar su convencimiento de su culpabilidad en conjunción con las demás pruebas existentes).

Así, tanto la jurisprudencia del TEDH⁴, y alguna referencia indirecta de la STC 7/1989, mantienen que, cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN ordenada por la autoridad judicial, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir, puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, “nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por

3 SSTC 37/1989 y 207/1996.

4 STDH de 8 de febrero de 1996, caso *Murray*.

sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador”⁵.

En otros ordenamientos jurídicos se consagra con carácter general la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas biológicas y la legitimidad de los actos de investigación coercitivos si son respetuosos con el principio de proporcionalidad y no entrañan riesgo para la salud de su destinatario⁶. De hecho, es frecuente en el derecho comparado recoger la obligatoriedad del sometimiento a pruebas tales como el análisis sanguíneo⁷, si así lo prevé la norma, la entidad del hecho punible lo requiere y lo acuerda la autoridad competente conforme a criterios de proporcionalidad, permitiéndose en algunos casos incluso la coerción física.

4.3.2.- Consecuencias de la negativa.

El legislador del año 2003 no se pronunció con relación a la posibilidad de utilización de la *vis física*, pero aún no admitiendo expresamente el uso de la fuerza, sí podría parecer que lo permite tácitamente, al decir que el Juez “podrá decidir aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal” que estime necesarios y proporcionales al fin perseguido. La pregunta derivada sería si la negativa, la resistencia u oposición a la toma de una muestra biológica por parte del sujeto afectado podría constituir delito de desobediencia o desacato, y qué otras posibles consecuencias pudieran derivarse, una vez hubiera sido acordado judicialmente el análisis genético.

Si se excluye la *vis física* en todo caso, la coactividad en la ejecución de las medidas de intervención corporal dependería de su naturaleza y la correspondiente actividad que requiera por parte del sujeto pasivo; es decir, se ha de distinguir los supuestos en que éste deba colaborar activamente en dicha práctica, en los que no podría ser requerido coactivamente a ello utilizando la fuerza física (para cierto sector doctrinal su conducta omisiva entrará dentro del derecho a no declarar contra sí mismo), de aquellos otros en las que su comportamiento deba ser simplemente negativo, un dejarse hacer, o, incluso, de aquellos otros supuestos en que la colaboración del imputado no es siquiera necesaria.

Para el caso en que sea necesaria la colaboración activa del sujeto, debemos plantearnos si la negativa a someterse a este tipo de análisis puede suponer o no alguna consecuencia perjudicial para el imputado. Tras la STC 207/1996, sólo podría deducirse como consecuencia la eventual existencia de un indicio racional de que el sujeto que se hubiere negado a someterse a la práctica de la prueba fuera responsable del hecho delictivo, si bien por sí mismo o por sí sólo no podría servir como base de condena, aspecto cuestionable, pues deviene poco respetuoso con la presunción de inocencia. A juicio de cierto sector doctrinal, la negativa injustificada, además, debería tipificarse como delito de desobediencia, pero sin que pudiera derivarse otra consecuencia negativa y menos un indicio de culpabilidad en el sujeto.

5 STS de 4 de febrero de 2003. Vid., en igual sentido, entre otras, STC de 17 de enero de 1994, y SSTS de 14 de mayo de 1991, de 30 de abril de 1992 y 30 de octubre de 1993. Como excepcional ejemplo de lo contrario, vid. STS de 15 de enero de 1998.

6 En algunos ordenamientos tales como el de Alemania, Italia o Portugal, se entiende que el principio de proporcionalidad exige a su vez que cualquier intervención corporal forzosa sea autorizada expresamente y para cada caso concreto.

7 Así, en países como Alemania, Portugal, Dinamarca, Austria, etc.

Por lo tanto, la imposibilidad de extracción por la fuerza de las muestras biológicas no significa que tales pruebas no sean exigibles, ni un supuesto derecho del inculpado a consentir o no la práctica de aquéllas, sino que puede afirmarse un auténtico deber jurídico de someterse a la práctica del reconocimiento.

La opinión jurisprudencial también es unánime en afirmar que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no implica, no supone, desde luego, y con palabras del propio TS, una *facta confessio*. Sin embargo, la conducta obstruccionista y antisocial de quien injustificadamente se niega a aquel reconocimiento constituye un fraude de ley o abuso de derecho que puede representar en el proceso un indicio a conjugar con otros elementos probatorios⁸. Corresponderá a los tribunales apreciar en cada caso si la justificación ofrecida es razonable. La negativa injustificada del inculpado a prestar muestras biológicas, cuando ello resulte de especial trascendencia, aunque no pueda tener el valor de una confesión, sí podrá constituir sin duda un indicio de cierta importancia, constituyendo elemento utilizable para la formación de la convicción judicial. En este sentido, la STS de 14 de julio de 1988, que concluye que, aunque la ley española no establece los efectos de la negativa, “debe dársele alguno, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de establecer un medio de prueba cuya omisión no tiene consecuencia alguna”.

5.- DERECHOS AFECTADOS

5.1.- INTRODUCCION

Sin duda, en los nuevos procedimientos de investigación y en aplicación de las nuevas tecnologías e instrumentos de averiguación del hecho delictivo y del delincuente, el imputado se convierte en *objeto* de estas técnicas, con una notable incidencia y, en consecuencia, relevancia, con respecto a la posible vulneración de derechos fundamentales de la persona sometida a tales clases de pericias.

Resulta necesario reparar en el doble alcance del acto de la toma de muestras: el acto en sí y la finalidad del mismo, de manera que la doctrina señala una triple vertiente en la afectación de los derechos fundamentales:

- el acto de obtención de muestras y vestigios
- el análisis de los anteriores
- la forma en que puedan utilizarse sus resultados.

Lo que resulta incuestionable es que la sociedad no puede renunciar a utilizar la aparición de nuevas técnicas de gran utilidad en la investigación criminal de los hechos delictivos, si bien con respeto a los derechos fundamentales de la persona, que, en todo caso, no son absolutos ni ilimitados⁹; su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente contemplados, como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

Al respecto el TC ha matizado lo siguiente:

1º.- que los derechos fundamentales sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho, o ante los que de manera mediata o indirecta se infiera al justificarse por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos;

2º.- que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, de modo que todo acto o resolución que restrinja

8 SSTS de 14 de noviembre de 1987, 14 de julio de 1988, 5 de diciembre de 1988, 20 de julio de 1990, y de 6 de febrero y 14 de mayo de 1991.

9 SSTC 2/1982 y 37/1989, y, en este mismo sentido, la STC de 24 de septiembre de 2007.

derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitativas sean necesarias para conseguir el fin perseguido, atendiendo al principio de proporcionalidad

3º.- el hecho de que no sólo los derechos fundamentales, sino tampoco los límites a que pueden ser sometidos, sean ilimitados, supone que tanto las normas de libertad como las normas limitadoras, se integran en un único ordenamiento, inspirado por los mismos principios

4º.- con relación a las intervenciones corporales, la determinación de hechos relevantes en un proceso penal es causa que puede legitimar la realización de aquéllas, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la ley.

Así, tanto las normas que regulan los derechos fundamentales como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. De este modo, los derechos fundamentales pueden verse limitados a los efectos de la investigación criminal, siempre que se cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

- tipicidad procesal o principio de legalidad: que la limitación se recoja en una ley escrita y previa, de carácter orgánica
- reserva jurisdiccional: tal limitación sólo puede ser acordada por el juez competente
- respeto de las garantías formales establecidas para la ejecución de la medida.
- principio de proporcionalidad y necesidad de la medida: desde un punto de vista objetivo, sería la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación, y desde el subjetivo, la participación del imputado en el mismo. La restricción debe ser idónea (apta para lograr el fin propuesto), necesaria e imprescindible (que no se pueda lograr el mismo fin por otro medio menos gravoso y que el sacrificio no resulte desmedido con el fin (que se pretende alcanzar).

A su vez, debemos tener presente que el art. 8 del CEDH establece una serie de exigencias para la validez de este tipo de pruebas:

- 1) que sea una medida necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito en una sociedad democrática.
- 2) que sea compatible con la preeminencia del derecho, lo que supone que deben limitarse las facultades de los poderes públicos para evitar la arbitrariedad, para lo cual la ley debe fijar el alcance de la medida¹⁰.
- 3) la injerencia debe basarse sobre una necesidad social imperiosa y sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida.
- 4) que venga prevista por la ley¹¹.

Respecto de los derechos fundamentales afectados, antes de entrar en su consideración individual, resumidamente podemos adelantar que el derecho a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia (arts. 17.3 y 24 CE) han quedado pacíficamente resueltos en nuestro país gracias a la jurisprudencia del TC, conforme a la cual, el hecho de la sujeción de los ciudadanos a determinados métodos de carácter científico mediante la utilización de su cuerpo, no supone una auténtica

¹⁰ STDEH de 20 de junio de 1988, caso *Schönenbergen y Durmaz*.

¹¹ Entendiendo “ley” según lo establecido en los casos *Huvig vs. Francia* y *Kruslin vs. Francia* (ambas sentencias de 24 de abril de 1990); es decir, ley como derecho en vigor en un sistema jurídico dado, y ley en su aceptación material, no formal, además del derecho no escrito.

El art. 8.2º del Convenio no se limita a remitir al derecho interno, sino que concierne también a la calidad de la ley, de manera que el derecho interno tenga que ofrecer una cierta protección frente a los ataques arbitrarios de la fuerza pública a los derechos garantizados. La ley debe emplear términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones la ley habilita a realizar semejante atentado.

declaración de culpabilidad¹². Otros derechos, como el derecho a la integridad física y a la libertad quedan mínimamente limitados. Y otros, *mutatis mutandi* con relación a lo que el TC y el TS han declarado con relación a la prueba alcoholimétrica, tampoco se verán afectados por la técnica de identificación genética¹³.

Veamos más detenidamente cada uno de los posibles derechos que pueden verse vulnerados o, al menos, limitados o afectados, en la práctica de estas diligencias.

5.2.- AFECTACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA SUSTANTIVA O MATERIAL

Partiendo de la consideración del TC del carácter limitado de los derechos fundamentales, se destacan los siguientes derechos:

5.2.1.- Derecho a la integridad física y moral

En principio, éste podría ser el primero de los derechos que pudiere verse afectado por la práctica de alguna pericia que supusiera una injerencia en el cuerpo del imputado.

La STC 207/96, resumiendo el ámbito de protección de este derecho, destacaba que mediante su reconocimiento “se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular”.

Según la jurisprudencia del TEDH, ha de atenderse a la *intensidad* de los sufrimientos ocasionados a una persona, habiendo declarado nuestro TC que las tres nociones recogidas en el art. 15 CE (torturas, penas o tratos inhumanos o penas y tratos degradantes), son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala, entrañando todos ellos padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa intención de vejar y de doblegar la voluntad del sujeto paciente¹⁴.

Sobre la base de esto, es fácilmente deducible que las investigaciones genéticas no vulneran el art. 15 CE, en cuanto que dicho análisis genético debe ir unido a una serie de garantías, amén del hecho de que para la realización del estudio del ADN no es necesario partir de muestras cuya obtención implique la producción de lesión alguna.

El TEDH¹⁵ y el TC¹⁶, han descartado que tales prácticas pudieran atentar contra este derecho, que no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal.

Igualmente, la Decisión 8278 de 13 de octubre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, afirmaba que un examen de sangre (como intervención banal) no constituye injerencia prohibida por el art. 2.1 del Convenio Europeo, por lo que cabe concluir que la obtención de muestras biológicas del inculcado no vulnera el art. 15 de

12 Así, con relación a la prueba de la alcoholemia, al afirmar que no vulnera el derecho a la no auto-incriminación, al no obligar a la emisión de una determinada declaración. Vid., STC 102/1985, de 4 de noviembre.

13 Vid., SSTC 103/1985, de 4 de octubre y 107/1985, de 7 de octubre. En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) al decir que esta prueba no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del inculcado, al no obligársele a emitir una declaración de culpabilidad. Vid., Decisión del TEDH 8239/1978, de 4 de diciembre.

14 Vid., SSTC 120 y 137/1990.

15 Decisión 8278/78, de 7 de diciembre de 1979 o sentencia de 25 de abril de 1978.

16 SSTC 7/94 y 35/96.

la CE, máxime cuando es posible la investigación a partir de otras muestras biológicas distintas a la sangre.

No obstante, no sólo se ha de proteger constitucionalmente a la persona de actos que puedan suponer lesiones corporales, sino de cualquier otra actuación que se realice sobre el cuerpo sin mediar consentimiento del afectado. La obtención coactiva de muestras corporales podría suponer una injerencia en el derecho a la integridad física, aún cuando suponga o conlleve una mínima intervención corporal, e incluso podría afectar al derecho a la intimidad, según se trate o no de zonas íntimas¹⁷.

Ello no significa que no se esté ante intervenciones corporales; lo son, pero leves o levísimas, y que podrán afectar, o no, a la intimidad corporal según sea la parte del cuerpo afectada. Pero, por otra parte, el que determinada actuación ordenada por un juez, como la extracción de pelos de la cabeza, no vulnere la intimidad corporal no significa, en puridad, que no pueda vulnerar el derecho a la integridad física y que no pueda suponer, a su vez, una restricción de la intimidad personal. Aplicando esta doctrina del TC a la prueba del ADN, concluiríamos que tal medida afecta, en primer lugar, a la integridad física, aún cuando se realice mediante una injerencia mínima¹⁸, constituyendo una intervención corporal de carácter leve, que puede afectar tal derecho.

En definitiva, con relación a la extracción de muestras para el análisis del ADN, debemos reconocer que la afectación a este derecho es inexistente o mínima como para que pueda sobrepasar, según criterios de proporcionalidad, los límites tolerables, sin olvidar que la extracción de muestras de sangre no constituye injerencia prohibida por el art. 2.1 del CEDH¹⁹.

5.2.2.- Derecho a la salud

Este derecho a la salud no goza de la consideración de derecho fundamental y, por tanto, no viene recogido en nuestra CE como tal²⁰. No obstante, para los supuestos en que se precise una intervención médica que pueda conllevar una injerencia en el cuerpo de la persona, es evidente que puede producirse una colisión entre el interés público de que la diligencia se realice y el del justiciable, pues éste puede entender menoscabado su bienestar físico o psíquico.

La Instrucción 6/88 de la Fiscalía General del Estado, sobre la base del ATC 868/86, de 2 de octubre, afirmaba que para que pueda invocarse un “hipotético peligro para la salud” se requiere “probar adecuadamente su existencia”, demostrando la relación entre las medidas a adoptar y sus consecuencias (que, por nocivas, deberían evitarse).

La obtención de muestras biológicas para la realización de pruebas de ADN ha sido calificada por el TC²¹ como intervención corporal leve o incluso levísima, lo que supone que si la toma cumple con los requisitos antes apuntados²², su incidencia en el

17 A modo de ejemplo, la STS de 15 de enero de 1993, para el supuesto de la extracción de droga de la boca de un sospechoso por la policía, con uso de la fuerza en delito flagrante. El TC equiparaba tal acción a un vulgar cacheo, sin mayor trascendencia al no alcanzar a un elemento subjetivamente íntimo. Vid., a su vez, las SSTC 110/1984; 114/1984; 231/1988; 120/1990, y 57/1994.

18 Como una muestra de saliva.

19 Según Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos 8278/78.

20 Vid., art. 43.1 CE.

21 STC 207/96.

22 Es decir; se realice por personal cualificado según el protocolo.

bienestar del individuo no se verá, por lo general, mermado, ni, en consecuencia, tampoco su derecho a la salud.

Por último, no podemos dejar de insistir en que hoy día la injerencia en la salud es mínima, por no decir inexistente, pues basta una simple muestra de saliva para el análisis de ADN, no entrañando, en consecuencia, lesión alguna para la salud del individuo²³.

5.2.3.- Derecho a la libertad personal

Por razones obvias, es necesario limitar este derecho, al menos, mientras dure la realización de la prueba de extracción de la muestra y en el traslado, si fuere necesario, de la persona que se va a someter al análisis al centro en que aquél se vaya a llevar a cabo. La práctica de esta diligencia de prueba puede suponer, en consecuencia, una injerencia, aún mínima, en el derecho a la libertad física o de movimientos.

Al respecto sería de interés recordar que el CEDH²⁴ ha manifestado que la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad²⁵, aunque sea por un corto espacio de tiempo, cuando es preciso trasladar a la persona objeto de una investigación a una dependencia para realizar exploraciones o pruebas preceptivas, si bien ello no significa, *per se*, que se produzca una intromisión ilegítima.

En similar sentido se ha pronunciado nuestro máximo intérprete constitucional, al decir que para proceder a una investigación corporal es absolutamente forzosa la privación de libertad de la persona objeto de la intervención, pues la detención es una situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad²⁶.

Es por tanto pacífico el hecho de que el derecho a la libertad del art. 17.1 CE queda afectado por la realización de un análisis o test genético (salvo que el obligado se prestara voluntariamente a ello), en cuanto que su libertad ambulatoria quedará limitada mientras aquélla se practica.

Ahora bien, tampoco la libertad es un derecho absoluto. En este caso, además, la privación de libertad se halla suficientemente regulada en el proceso penal y la privación de libertad lo puede y debe ser por un mínimo espacio de tiempo, que será el estrictamente necesario para la práctica de la diligencia, y sin que, en modo alguno, pueda sobrepasar los límites legales establecidos con relación a la duración de este tipo de medidas cautelares personales provisionales que inciden en el derecho a la libertad.

Tampoco representará obstáculo alguno la posibilidad de que el legislador arbitre determinadas limitaciones de la libertad, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, y que la diligencia cumpla con los requisitos y garantías establecidos.

23 La muestra de saliva podría ser calificada de intervención, a tenor de la STS de 4 de junio de 2003, si bien es cierto que “no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno, y, ni siquiera, incomodidad al concernido”. Así, tanto por el modo de realización como por la incidencia práctica en el afectado, sería más bien asimilable “a las inspecciones y registros corporales”, siempre que no incida en partes íntimas del cuerpo y se hiciera de manera “estimable en la privacidad”.

24 Decisión 8278/78, de 13 de octubre de 1979.

25 Téngase en cuenta que hoy día basta con la toma de una muestra de saliva en un bastoncillo. La privación de libertad es tan corta que apenas si se puede considerar como tal.

26 STC 98/1986, de 10 de julio.

5.2.4.- Derecho a la intimidad²⁷

Es donde se manifiesta más claramente la tensión entre los derechos individuales y el interés general, pues todo contacto físico supone inevitablemente traspasar los límites de la personalidad humana.

La intimidad *lato sensu* debe proyectarse en una doble vertiente: por una, como libertad de vivir conforme a los gustos y preferencias de cada uno, pero, por otra, quedando limitada por la libertad de los demás. Sobre esta última vertiente deben fundamentarse los supuestos de limitaciones. Así lo ha entendido el CEDH²⁸ y las decisiones de la Comisión Europea²⁹, estableciéndose que lo importante *es la medida o proporción de la intromisión*, al no ser un derecho absoluto.

La STC 207/96 recoge la distinción entre el quebranto que la intimidad puede sufrir *al realizarse* una intervención corporal, y el que se produce por la *información* que pudiere proporcionar el análisis genético de la muestra corporal. Recordemos que el concepto de intimidad personal tiene un contenido más amplio que el de la intimidad corporal, implicando, según esta misma sentencia, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana³⁰.

La jurisprudencia distingue asimismo según el ámbito de la afectación. Así, podrá suponer una injerencia en la esfera de la intimidad *corporal* cuando la obtención de la muestra se produzca en las zonas íntimas del cuerpo. Respecto del el ámbito de la intimidad corporal, la STC 37/1989 aseveraba que aquél no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, afirmación que fue duramente criticada por la doctrina científica, al quedar de la intimidad corporal queda reducida de este modo al recato o al pudor y sólo garantiza a la persona frente a intervenciones corporales que se produzcan en las zonas íntimas del cuerpo según un criterio cultural generalizado.

Podrá también incidir en el ámbito de la intimidad *personal*, según sea la información que con dicha muestra pueda adquirirse. En consecuencia, la intimidad garantizada constitucionalmente como derecho fundamental no se limita a la intimidad personal, sino que abarca también otros ámbitos, aún cuando éstos puedan poseer un mero contenido formal.

No siendo tampoco el derecho a la intimidad personal ilimitado, puede el juez instructor acordar la investigación del perfil genético del imputado. El derecho a la intimidad personal puede llegar a verse mitigado en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, si bien la información genética de cada individuo pertenece al reducto humano de intimidad, reservada frente a injerencias extrañas³¹.

27 Vid., art. 18.1 CE y 8.1º del CEDH y STEDH *X e Y vs. Holanda*, de 26 de marzo de 1985, y *Costello Roberts vs. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993, así como las Decisiones del CEDH núms. 8239/78 y 8278/78. Vid., asimismo, STS de 4 de junio de 2003 y STC 234/1997, de 18 de diciembre.

28 Vid., art. 8.2ª, estableciendo lo requisitos para la limitación del derecho a la intimidad, como ya hemos tenido ocasión de recoger.

29 Decisiones de 4 de diciembre de 1978 y de 13 de diciembre de 1979.

30 En este apartado, nos referiremos básicamente al derecho de la intimidad corporal, si bien tendremos ocasión de referirnos igualmente al derecho a la intimidad personal, que será a su vez objeto de comentario al hablar de las bases de datos de perfiles genéticos.

31 Vid., SSTC 103/1985, de 4 de octubre y 37/1989, de 15 de febrero.

Afirmaba la STC 73/82 que no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal “cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencias de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”³², si bien podría llegar a ceder en ciertos casos, en cualquiera de sus expresiones ante exigencias públicas –de nuevo la misma idea-, por no ser éste un derecho de carácter absoluto³³.

La conocida STS de 15 de febrero de 1989, afirmaba igualmente que este derecho puede ceder en ciertos casos, a pesar de que nuestra Carta Magna, al enunciarlo, no estableciera de modo expreso la reserva de intervención judicial. Por ello, se disponía que la intimidad no podía erigirse en un obstáculo infranqueable frente a la indagación de la verdad material, pues “no cabe desconocer (...) las facultades legales que corresponden al instructor (...) para ordenar, en el curso de un sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la descripción de la persona”³⁴.

En todo caso, la posible limitación de este derecho precisa de dos consideraciones:

- que la decisión judicial sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constituya trato degradante alguno
- que la decisión judicial lo sea de forma motivada y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa³⁵, y la razonable apreciación de que la situación en que se halle el sujeto afectado así lo requiera, en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso.

Con relación a las muestras de ADN, hoy en día podemos desdoblar el concepto de intimidad “personal” y de intimidad “genética”, que se integran en la llamada “autodeterminación informativa”, entendida como la facultad que cada uno tiene de revelar o no determinados aspectos personales de su vida privada y en qué forma o momento desea o no hacerlo.

5.2.5.- El derecho a la intimidad genética

Por la jurisprudencia se ha distinguido entre un sentido *negativo* de la intimidad, en cuanto exclusión del conocimiento de nuestros datos personales por los demás, y un sentido *positivo*, en cuanto control sobre dichos datos cuando éstos son compartidos.

32 Doctrina reiterada por las SSTC 170/87, y 142/93, entre otras.

33 Los AATC de 9 de marzo y 31 de mayo de 1991 y la STC 7/94, han desarrollado la doctrina constitucional sobre el carácter limitado de este derecho que en ningún caso puede ser utilizado como medio para consagrar la impunidad.

34 En similar sentido, la STC de 17 de enero de 1994 dispone que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina y que un examen de sangre no constituye una injerencia prohibida ni violación del pudor o recato.

35 A pesar de esta falta de cobertura legal nuestros tribunales han admitido estas pruebas en casos tales como los siguientes:

- la identificación a través del cabello, en SSTS de 15 de marzo y 2 de diciembre de 1986, 24 de junio de 1991 y 24 de noviembre de 1993, considerando esta última que la negativa del inculpado requerido por el instructor, en presencia de letrado, a que se le cortasen unos cabellos, constituye un serio indicio para desvirtuar el principio de presunción de inocencia,
- la identificación por análisis de sangre, en STS de 11 de marzo de 1993,
- la identificación genética, en SSTS de 13 de julio de 1992, 24 de febrero de 1995, y de 21 de junio de 1994, anulando esta última la prueba por haber obtenido la muestra indubitada ordenándola en providencia y no en auto y con consentimiento viciado del afectado.

Como ya tuvimos ocasión de exponer, la intimidad genética no ha de confundirse con la intimidad corporal, si por tal entendemos el recato personal. El análisis genético en el proceso penal tiene que limitarse al fin de la mera identificación del imputado, y tiene que limitarse al ADN que no proporciona información sensible del individuo (ADN no codificante).

Partiendo de lo anterior, los análisis de ADN no codificado tampoco deberían generar especiales problemas de protección de la intimidad. Se trataría de una mínima injerencia, justificada en razón de la preservación del interés general en el proceso penal³⁶. El legislador español del 2007³⁷ ha determinado expresamente qué tipo de información genética puede obtenerse, teniendo en cuenta el fin que se debe perseguir, que sólo puede ser, tal y como hemos indicado, el de la identificación de los responsables criminales del delito perseguido.

Como hemos señalado, estas tecnologías pueden reportar grandes beneficios, pero, a su vez, pueden ser origen de diversos abusos. La difusión de datos genéticos personales a terceras personas o a entidades (empresas, compañías de seguros, etc.) podría suponer un grave atentado a la intimidad y poner en peligro expectativas de la persona afectada, condicionando delicadas decisiones en diversos ámbitos (familiar, educativo, de salud, laboral, de seguros, etc.). La adquisición de datos genéticos puede llevar a la estigmatización y discriminación de los individuos por motivos biológicos³⁸.

El daño potencial que puede resultar del acceso por terceros a la información genética resulta evidente, si atendemos al carácter altamente sensible de la información que las moléculas de ADN contienen y que pertenece a la esfera privada e íntima del individuo³⁹. A los fines de identificación en el proceso, bastaría en principio con la práctica de un análisis que determinara la huella y no el mapa genético. El riesgo estriba en que una muestra sencilla –saliva, pelos,...- podría llegar a afectar la esfera de la intimidad por los datos que pudieren llegar a ofrecer.

Por lo tanto, una cuestión que preocupa especialmente respecto de la intimidad genética, es ese potencial informativo que el análisis de ADN puede suponer. La información sobre el genoma de un individuo representa la más íntima expresión de cuantos factores endógenos intervienen en la conformación de su estado de salud, no sólo actual, sino también futura, y se calcula que unas 4000 enfermedades revisten carácter hereditario y que pueden quedar reflejadas en los análisis realizados.

36 En este sentido, con relación a la prueba de alcoholemia, ya destacó el TC que cuando se realice de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad corporal

37 LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que en su art. 4 establece que la única información que puede acceder a la base de datos de ADN es la reveladora de la persona y su sexo.

38 Pero también se puede plantear un derecho previo: el de no conocer. El derecho a no saber también constituye manifestación del derecho al respeto de la vida privada, ya reconocido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1.950 (art. 8.1). No se puede obligar a nadie a conocer datos sobre predisposiciones a enfermedades futuras que no tengan curación. Esto, sin embargo, alcanza ya a otras disciplinas, como la bioética jurídica y la medicina genómica.

39 Así lo reconoció la STS de 13 de marzo de 1989, al indicar que los datos de una persona se integran en el patrimonio de la intimidad personal (art. 18.1 CE), y, en consecuencia, también el perfil genético revelado por las técnicas de ADN. Vid., asimismo, STS de 4 de junio de 2003, respecto a la protección de la información sensible del individuo en las pruebas genéticas.

Por ello, a los efectos de investigación en el proceso penal sólo deben utilizarse marcadores o *loci* cuyos alelos no vayan asociados a ningún tipo de información médica adicional, y penalizar un uso espurio de esos marcadores.

El ADN no codificante no contiene ninguna información sobre las enfermedades hereditarias que puedan afectar a un individuo. La información a nivel identificativo es alta y a nivel de información genética sobre enfermedades es nula, al menos en la actualidad. La prueba se puede y se debe hacer con técnicas meramente identificadoras, sin más información que la referida al elemento individualizador.

Así, el art. 4 de la LO 10/2007, establece que sólo se podrán inscribir en la base de datos de ADN, los identificadores genéticos que proporcionen, únicamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y del sexo; es decir, marcadores no codificantes, respetando así el derecho a la intimidad genética.

Sobre la base del principio de proporcionalidad, sólo en el caso de que se lesione un derecho o bien de cierta gravedad se podría acudir a los datos genéticos. En caso contrario, la invasión de la intimidad genética de los individuos no sería proporcional con el fin perseguido. El archivo de las huellas genéticas sólo quedaría justificado si se cumple con las previsiones legales para ello. En todo caso, la posibilidad de archivar esta información genética no debe impedir al individuo el ejercicio de su "*habeas genoma*", para verificar los datos que se poseen, o incluso cancelarlos por el transcurso del tiempo. Así lo recoge la LO 10/2007, al establecer plazos para cancelación de los datos inscritos en las bases de datos de ADN, sometiéndose estos ficheros a los derechos de acceso, cancelación y rectificación, así como al nivel de seguridad que proporciona la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Y es que no se debe minimizar el riesgo por el mero hecho de que las muestras de ADN que se utilizan son las denominadas "basura" (no codificantes), pues dentro de un futuro es posible que se obtenga información relevante de las muestras que, hoy por hoy, son consideradas carentes de proporcionar información sensible.

5.2.6.- Derecho a la dignidad personal

El derecho a la dignidad personal ha sido reconocido como fundamental por el art. 10 CE, como un valor espiritual y moral inherente a la propia persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y la necesaria pretensión de respeto por parte de los demás.

La realización de las pruebas genéticas y su ejecución no pueden suponer en ningún caso la degradación de dicha dignidad humana, bajo pena de incurrir en inconstitucionalidad⁴⁰. La interdicción de la tortura, así como de las penas o tratos inhumanos o degradantes es consecuencia directa del reconocimiento de la dignidad de la persona humana⁴¹.

40 Al respecto el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos supuestos; así, con relación al examen ginecológico a una mujer con objeto de detectar posibles señales de una interrupción voluntaria del embarazo, afirmando que no podía considerarse atentatorio a la dignidad humana (supuesto ya comentado); ni la asistencia forzosa a reclusos en huelga de hambre, ni los registros personales de los reclusos en sus cavidades naturales. Vid., respectivamente, STC 37/1989, 129 y 137/1990, y 57/1994.

41 SSTC 120 y 137/1990 y 57/1994. Vid, igualmente, el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; así como el art.1 del Convenio contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, de las Naciones Unidas (ratificado por España el 21 de octubre de 1987), y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987 (ratificado por España el 28 de abril de 1989).

Estimamos que este derecho no se ve afectado cuando la extracción de la muestra se hace conforme a la *lex artis* por personal sanitario cualificado y sin empleo de violencia, por lo que será necesario establecer las garantías y el protocolo para que la toma de muestras se realice por personal especializado y en unas condiciones que permitan afirmar que este derecho no se verá vulnerado, so pena de nulidad radical de la prueba ex art. 11.1 LOPJ e incluso de responsabilidades para quienes acordaren su práctica y para los que la ejecutaren. Por lo tanto, no habrá vulneración de este derecho si la recogida de muestras se realiza en razón de un fin constitucionalmente legítimo -como es el que se persigue en el procedimiento penal- y la injerencia no va más allá de lo estrictamente necesario para la obtención de la muestra biológica, practicándose de acuerdo con la *lex artis*.

5.3.- AFECTACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA PROCESAL

La posibilidad de sometimiento a una prueba pericial, en principio de cargo, guarda conexión necesariamente con el derecho fundamental del derecho de defensa y con las manifestaciones que del mismo se derivan; básicamente, todos los derechos que se recogen en el art. 24.2 CE y, más concretamente, los derechos a un proceso con todas las garantías, a los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia. Veamos todos ellos.

5.3.1.- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

Conforme a la doctrina constitucional, este derecho no se ve afectado. Recordemos lo que decía el TC⁴² con respecto a la prueba de alcoholemia, perfectamente aplicable a los análisis del ADN: “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la CE”, y que tanto puede dar un resultado favorable como desfavorable.

En igual sentido, la Decisión nº 8239/1978, de 4 de diciembre, al indicar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpa, no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que, si fuese negativo, puede exculpar al imputado.

Este tipo de pruebas biológicas se configuran como diligencias que, por practicarse sobre el cuerpo del imputado, no pueden reputarse como pruebas testificales sino como periciales⁴³, en los que aquél no es sujeto sino objeto de la pericia (de la comprobación del ADN), o, dicho sea de otra manera, en la prueba genética el inculcado, además de sujeto del proceso, se convierte en objeto del mismo, constituyendo su propio cuerpo el objeto de la pericia judicialmente acordada.

5.3.2.- Derecho a un proceso con todas las garantías.

42 STC 161/1997, y doctrina recogida en ésta. En idéntico sentido, STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders vs. Reino Unido*.

43 STS de 15 de marzo de 1989. En idéntico sentido, STC 103/1985.

La función del derecho fundamental a un proceso judicial con todas las garantías es asegurar el interés público en que la condena penal resulte de un juicio justo.

Surge así la necesidad del pleno sometimiento al imperio de la ley de los órganos jurisdiccionales, sin que quepa excepción o limitación alguna, pues, de otro modo, no sería posible articular el debido proceso legal, ni cumplir con los principios de legalidad e imparcialidad de los llamados a aplicar la ley. La ley es la referencia obligada de nuestros jueces, y su sujeción es la primera de las garantías a cumplir.

La estricta sujeción del juez a las leyes penales constituye la primera y más importante garantía del juicio justo, al asegurar a las partes que el juez penal es un tercero ajeno a los intereses en conflicto, neutral, y asegura la igualdad procesal entre las partes, pues han de aplicar la ley procesal de manera igualitaria. La infracción de las normas procesales que regulen la realización de esta prueba y la hipotética indefensión que pueda originarse devendrá en una vulneración del derecho a un proceso justo y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

5.3.2.1.- Derecho de defensa del imputado en la instrucción.

Respecto del informe pericial del ADN, su contenido presenta básicamente dos problemas:

- 1º.- el reconocimiento pericial en sí,
- 2º.- las conclusiones de los peritos en sus informes.

De esta manera, se debe distinguir entre la labor que el perito realiza en la fase de la instrucción, de la que realiza en la fase del plenario. En la instrucción, los peritos proceden al reconocimiento y a realizar el pertinente informe, a los efectos de aportar el material suficiente al órgano jurisdiccional para poder decidir si se puede pasar a la fase de juicio oral o si por el contrario procede dictar sobreseimiento, impidiendo la entrada al plenario. En la fase del juicio oral, la pericia se hará para formar la convicción judicial y ayudar a fundamentar la sentencia. Con relación a la prueba del ADN, por evidentes razones operativas, lo aconsejable será, respetando el principio de contradicción, admitir una prueba anticipada, en vez de practicarla en el juicio oral, para evitar su suspensión, sin perjuicio de que los peritos deban comparecer en el acto del juicio oral para ratificar sus conclusiones o someterse a las preguntas y aclaraciones que las partes deseen hacer, de resultar preciso, o incluso podrán pedir explicaciones a los peritos sobre determinadas circunstancias que no constan en el documento pericial presentado en la instrucción⁴⁴.

Si se adoptan las necesarias garantías podría no resultar necesaria ni pertinente la repetición de las operaciones técnicas de análisis de ADN⁴⁵.

Las conclusiones que presentan los peritos en la instrucción se hace bajo la forma de un documento, mientras que en el juicio oral se exige la práctica de un medio de prueba personal, como son las declaraciones de los peritos.

Cuando el reconocimiento pericial no puede volver a practicarse en el juicio oral por su naturaleza, la solución jurisprudencial ha consistido en permitir la realización de la prueba con anterioridad al juicio oral, en cuyo caso, el imputado habrá de poder ejercer su derecho de defensa -como derecho de contradicción-, en la instrucción, cumpliéndose los presupuestos de una prueba anticipada.

44 V.gr., técnica empleada, población de referencia utilizada, problemas de degradación o contaminación, etc.

45 Estas garantías son la de posibilitar la intervención del acusado en la pericia realizada en la instrucción, nombrando a sus propios peritos, para poder participar en el reconocimiento que efectúa el laboratorio nombrado por el juez instructor.

En garantía del principio de contradicción, habrán de acudir al juicio oral los peritos que realizaron tales pericias para ratificarse en los resultados de sus informes en el acto del juicio oral.

En el caso de que los análisis de ADN u otros similares se realizaran por entidades u organismos especialmente cualificados, como el Instituto Nacional de Toxicología, se permite la realización anticipada de dichas pruebas y su consideración como preconstituidas, sin necesidad de ratificación en el juicio oral por los peritos⁴⁶. Sólo si alguna de las partes impugna la prueba pericial preconstituida, negando su veracidad o criticando su contenido, se someterá a contradicción en el juicio oral, por lo que los peritos deberán ser llamados al mismo.

5.3.2.2.- La prueba de análisis del ADN en el juicio oral y el derecho de defensa de los acusados.

En nuestro sistema penal los imputados podrán participar, nombrando a sus propios peritos, en el reconocimiento pericial que se realiza en la instrucción como prueba anticipada. También, en su calidad de acusados en el plenario, pueden, en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, contradecir el informe pericial que se introduce en el juicio oral como pericia documentada, solicitando la comparecencia de los peritos que realizaron el informe o presentando otros peritos para contradecirlo. Al ser los peritos quienes contribuyen a formar la convicción del juez de una forma más objetiva, su presencia no será innecesaria, y su comparecencia y sometimiento a contradicción contribuirán a que el juicio sea más justo y la defensa más equilibrada.

La defensa ha de tener la posibilidad de contradecir para, de este modo poder defenderse por todos los medios que le sean convenientes a su posición procesal.

5.3.3.- Derecho a la presunción de inocencia

Junto al derecho a un proceso con todas las garantías, el art. 24.2 CE yuxtapone la presunción de inocencia, que debe ser respetada a lo largo de todo el proceso, a lo largo de todas sus fases e instancias.

Este principio se ha configurado como pieza básica del moderno proceso penal, siendo necesario, para desvirtuar esta presunción, una mínima actividad probatoria de cargo, de la que se pueda inferir la culpabilidad del acusado, practicada aquélla con todas las garantías legales y procesales, de acuerdo con los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad.

La eventual vulneración de este derecho no es más que una consecuencia de la infracción de los anteriores en la medida en que si la práctica de la prueba de perfiles de ADN se realiza de modo irregular, produciendo indefensión, la misma devendrá nula ex art. 11.1 LOPJ, y, junto con ella, toda la prueba derivada, sobre la base de la *teoría del fruto del árbol envenenado*. Si la actividad probatoria se practicara con vulneración de las normas que garantizan y tutelan derechos fundamentales, aquélla carecería de virtualidad probatoria, debiendo quedar fuera de la consideración judicial.

46 Vid., SSTTS de 4 de febrero de 1991; de 25 de mayo de 1992; de 17 de mayo de 1994; de 6 de junio de 1994 y de 6 de junio de 1997, que crean una doctrina jurisprudencial unánime y consolidada, considerando estos informes como documentos oficiales sin necesidad de ratificación. “Esta Sala (...) ha otorgado respecto a informes del Gabinete Central de Identificación, la validez, y, por tanto, la aptitud enervante de la presunción de inocencia, a los informes periciales sumariales, aunque los peritos dictaminantes no hayan comparecido en el acto del juicio oral, manifestaciones y razonamientos que pueden extenderse a cualquier otra prueba pericial (...). Si la defensa considera que debe interrogar a los autores de los informes, puede en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, efectuarlo (...). Puede, pues, convocar a los peritos informantes al acto del juicio oral, o bien formular la contraprueba procedente”. Vid., STS de 4 de febrero de 1991. En cualquier caso, lo importante es asegurar al imputado su derecho a un proceso con todas las garantías, sin generar en ningún caso indefensión.

6.- EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN

Ya antes de la introducción del nuevo párrafo del art. 326 de la LECri en 2003, los órganos jurisdiccionales admitían las pericias sobre muestras de ADN. No había problema alguno cuando el imputado se sometía voluntariamente a la práctica de tales pericias, por el principio de la libertad probatoria. Los medios probatorios de nuestra ley procesal penal no son un *numerus clausus*, admitiéndose cualquier medio que fuera lícito y pertinente.

La prueba pericial del ADN, siempre que resulte admisible por ser respetuosa con los derechos fundamentales del imputado y no haber violado ninguna garantía procesal (ni en la obtención ni en la traslación al proceso), podrá ser objeto de valoración por el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto. Los jueces no pueden pretender ser científicos, aunque sería conveniente que poseyeran un conocimiento adecuado de la técnica pericial de este tipo de análisis genéticos para poder valorar de forma crítica el informe pericial que se les presente. El peligro de esa carencia de conocimientos científicos, evidente, radica en la obtención de su libre convencimiento. No se puede pretender convertir a los jueces en hombres de ciencia, pero sí permitir que puedan usar esas pruebas adecuadamente. Para poder hacer un correcto uso de este tipo de pruebas, es necesario poseer unos mínimos conocimientos que impidan la manipulación de los datos a favor de una u otra parte.

Este resurgimiento de las pruebas legales, cuando de valoración de informes periciales se trata, encuentra su causa precisamente en el desconocimiento judicial de las bases científicas de tales pruebas y de los problemas que la aplicación forense puede presentar. Y, muy especialmente, de la valoración que de los resultados (estadísticos) deba hacerse.

En todo caso, el resultado del análisis de ADN producirá un indicio y no concluye ni puede llegar a constituir prueba directa del delito, ni de la autoría o participación en él del acusado. Habría una plena equiparación al indicio en sí, como prueba indirecta del hecho, sin duda de gran importancia, pero indicio nada más, y no prueba plena. El indicio se tomará en consideración con el resto de las pruebas de que se disponga, y deberá evaluarse en su conjunto. Por ello, la motivación de la sentencia respecto a la valoración de este indicio deberá cumplir con los presupuestos que la jurisprudencia viene exigiendo para admitir la prueba indiciaria en el proceso penal.

Así, según la STS de 25 de junio de 1990, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial se pueda formar, en un proceso penal y para evitar la impunidad, sobre la base de la prueba indiciaria, cuando no es posible acudir a la prueba directa, para lo cual el indicio debe cumplir una serie de requisitos:

- el indicio no debe ser aislado, sino que deben existir varios
- los propios hechos indiciarios deben estar probados en la misma causa, constituyendo relación directa con el hecho criminal
- entre los indicios y sus consecuencias debe existir el adecuado correlato; una armónica relación entre ambos
- excepcionalmente pueden utilizarse los contraindicios, siempre que su aplicación no implique para el procesado soportar la intolerable carga de probar su inocencia
- el órgano judicial debe explicar el modo de proceder, el *iter*, por el cual ha podido llegar a enlazar, de forma lógica y racional, y según las reglas de la experiencia y del criterio humano, los indicios y la conclusión condenatoria.

Debemos tener muy presente que el análisis del ADN es en sí mismo una prueba probabilística; un cálculo de probabilidad; una valoración según reglas científicas que

derivan del cálculo de probabilidades. CARRACEDO ALVAREZ lo ilustra perfectamente en lo que llama “la falacia del fiscal; la falacia de la defensa”⁴⁷:

“Imaginemos que se analiza un grupo de ADN: el sistema D12S391, y que tanto la mancha como el acusado poseen el fenotipo 16-17, que lo posee una persona de cada 100. Intuitivamente, ya se entiende que la prueba científica tiene un gran valor, pero la prueba se puede presentar de forma muy diferente.

El fiscal puede presentar el caso así: <<El análisis del laboratorio forense tiene en este caso una enorme importancia. El grupo encontrado lo posee sólo el 1% de la población, de modo que sólo hay un 1% de probabilidades de que la sangre provenga de otro que no sea el acusado. Es decir, sólo hay el 1% de probabilidades de que algún otro haya cometido el crimen, de modo que el acusado tiene un 99% de probabilidades de ser culpable>>.

La defensa puede al contrario decir: << la prueba del laboratorio forense tiene una importancia muy escasa. Sólo el 1% de la población posee ese grupo de ADN, pero en una ciudad como esta (supongamos que el crimen se cometió en Madrid), con unas 500.000 personas en edad de cometer el crimen, ese grupo sería encontrado en 50.000. El ADN muestra pues que el acusado es una de esas 50.000 personas de la ciudad que pudo haber cometido el crimen. Una posibilidad entre 50.000 tiene una importancia escasísima para que se considere a esta persona culpable>>.

Ninguno de estos argumentos es correcto separado uno del otro. Es más, generalmente, si se presenta la prueba de forma aparentemente aséptica un elevado porcentaje de individuos cae espontáneamente en una de las dos falacias. Si además se presenta simplemente uno de los dos argumentos, la mayoría de las personas piensan que es correcto.

Por ello, estimamos como una de las principales tareas del operador jurídico la de aclarar que los resultados de una prueba biológica de este tipo marcan un cálculo de probabilidad, pero no la certeza. El juzgador deberá valorar el indicio que arroja el análisis del ADN a la luz de los otros indicios que han de concurrir para poder admitir como probado el hecho que se presume acaecido según el indicio genético: la posibilidad de la presencia de una determinada persona en un determinado lugar.

Así pues, cuando la pericia concluye con la coincidencia entre los marcadores genéticos de las muestras dubitadas e indubitadas, habrá de someterse tal resultado a un estudio estadístico poblacional que nos indique la rareza (vs. frecuencia) y la probabilidad aleatoria de esa coincidencia, evitando que la libertad de apreciación del juez esté en razón inversa a los progresos de la ciencia

No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia de octubre de 1.990, llegó a afirmar que los dictámenes periciales no vinculan con sus conclusiones a los tribunales, *salvo que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial o sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se puedan alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces.* Consideramos que, sin cuestionar los avances de la ciencia, las pericias médicas nunca pueden sustituir al juez.

En todo caso, los indicios son hechos, fuente de presunciones, y éstas son el fruto de un razonamiento lógico de deducción, y, como tales, constituyen el resultado de una labor intelectual del juez tendente a extraer conclusiones de los hechos conocidos (indicios) para inferir la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido.

47 Vid., CARRACEDO ALVAREZ, A., en *Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los Tribunales*, Ed. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Publicaciones año 2006; pág. 1983 y ss.

Lo que no podemos defender con relación a los análisis de ADN, es que constituyan, *per se*, prueba plena, porque consideramos que la prueba del ADN no es infalible.

Por ello, es necesario que todos los operadores jurídicos posean una base suficiente al respecto de la prueba por marcadores genéticos en el proceso penal, dado que, cada día más, se erige como la *regina probatorum* del siglo XXI.