

PERSPECTIVAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FISCAL SOBRE LA PRUEBA PERICIAL CIENTÍFICA A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES. EN ESPECIAL, LA PRUEBA PENAL DE ADN.

"La prueba pericial científica. Especial referencia a los perfiles de ADN como método de investigación del delito", 9 y 10 de marzo de 2017

**Por Manuel-Jesús Dolz Lago
Fiscal del Tribunal Supremo**



Resumen

En la presente ponencia, desde el punto de vista del fiscal, se aborda la prueba penal pericial científica mediante una aproximación general a la misma. Se destaca su problemática tanto jurídica, con especial referencia a los derechos fundamentales procesales, como estrictamente científica, dentro del contexto del valor de estas pruebas en el mundo científico. Se reflexiona cómo el valor científico de la prueba condiciona su valor jurídico. Por otra parte, se analizan cuestiones procesales de relevancia para estas pruebas derivadas de Laboratorios oficiales como son su valor documental, pericial o personal y todo lo relativo a su impugnación. Finalmente, la prueba penal de ADN se contempla como el paradigma de las pruebas científicas y se expone su marco legal y problemática.



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN: LAS PRUEBAS PERICIALES CIENTÍFICAS EN GENERAL 2.- LA PRUEBA DE ADN COMO PARADIGMA DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS: BREVE REFERENCIA A SU MARCO LEGAL Y PROBLEMÁTICA 3.- CONCLUSIONES: LAS PERICIALES DE LOS LABORATORIOS OFICIALES. SU EVOLUCIÓN VALORATIVA 4.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DEL AUTOR



1.- INTRODUCCIÓN: LAS PRUEBAS PERICIALES CIENTÍFICAS EN GENERAL

“Si comienza uno con certezas, terminará con dudas; mas si se conforma en comenzar con dudas, llegará a terminar con certezas” (Francis Bacon)¹

En esta ponencia quisiera referirme a lo ya expresado en precedentes estudios míos que se plasmaron en varios libros y artículos doctrinales recogidos en la bibliografía.

La problemática de estas pruebas científicas nos lleva inevitablemente a plantearnos su fiabilidad científica en si misma considerada, por cuanto que a pesar de que estemos con los que opinan que la ciencia siempre tiene una *ratio de error* y por tanto no es infalible, lo bien cierto es que nos estamos refiriendo a la fiabilidad que permite el estado actual de la ciencia, lo que nos lleva necesariamente a la referencia a *los estándares científicos existentes en el momento de la pericia*.

Es decir, habrá que preguntarse si las pericias científicas realizadas por nuestros laboratorios oficiales se ajustan a los estándares científicos homologados por la comunidad científica en el momento actual de la ciencia y, por tanto, merecen sus resultados un estimable grado de confianza no para llegar a la verdad absoluta, objetivo ya abandonado hace tiempo entre los fines del proceso penal aunque la jurisprudencia siga hablando de verdad *material* frente a la *formal*, sino a la verdad procesal o en palabras de TARUFFO². *“la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso”*.

El debate internacional sobre la valoración judicial de la prueba científica está abierto desde hace décadas. El análisis de la prueba científica es de gran actualidad, como lo demostró el Seminario sobre la prueba científica en materia penal organizado

¹Recuérdese que el filósofo, político, abogado y escritor Francis Bacon (1521/1626) fue el padre del empirismo, creador del método experimental inductivo y precursor del método científico actual. “La filosofía de Bacon influyó en la creencia de que la gente es a la vez sierva e intérprete de la naturaleza, de que la verdad no se deriva de la autoridad y que el conocimiento es fruto ante todo de la experiencia. Se le reconoce haber aportado a la [Lógica](#) el método experimental inductivo, ya que anteriormente se practicaba la inducción mediante la simple enumeración, es decir, extrayendo conclusiones generales de datos particulares. El método de Bacon consistió en inferir a partir del uso de la [analogía](#), desde las características o propiedades del mayor grupo al que pertenece el dato en concreto, dejando para una posterior experiencia la corrección de los errores evidentes. Este método representó un avance fundamental en el [método científico](#) al ser muy significativo en la mejora de las hipótesis científica”. Fuente: Wikipedia http://es.wikipedia.org/wiki/Francis_Bacon, recuperado el 03/04/2011. Para una historia de la ciencia y la influencia de Bacon en científicos importantes para la elaboración del método científico como Robert Boyle (1627-1691) véase GRIBBIN, John, *Historia de la Ciencia (1543-2001)*, editorial Crítica, Barcelona, 2003.

² Seguimos la cita que hace PÉREZ GIL, Julio *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Tirant lo Blanch, “abogacía práctica”, nº 44, Valencia, 2010, pág. 19, nota 8. Este autor también se refiere citando a FERRER BELTRÁN (2002, 82 y ss.) a la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero” o “ser aceptado como verdadero”, señalando que “Desde la concepción legal-racional de la justicia (WROBLESKY), la reconstrucción verídica de los hechos de la causa sería una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión”.

por la Unión Europea en el año 2008, bajo la presidencia de Francia, que reunió a profesionales y expertos europeos, convocados por la entonces Ministra de Justicia francesa, Rachida DATI³.

Exponente de esta preocupación, el Consejo de Europa, a través del Comité Europeo para los problemas criminales, publicó en fecha 28 mayo 2010, el documento titulado “Prueba científica en Europa. Admisibilidad, apreciación e igualdad de armas”, elaborado por CHAMPOD y VUILLE⁴

En Estados Unidos de América, en 1993 asuntos como el caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* sobre la bondad del medicamento Bendectin en las embarazadas, motivaron que la Corte Suprema⁵ estableciera unos criterios acerca de la evidencia científica para admitir dichas pruebas en el proceso.

Estos criterios para admitir en un juicio una prueba pericial como científica (extendiéndose también después a las nociones técnicas) los dictó el juez Blackmun, según recoge TARUFFO⁶, siendo los siguientes:

- a) La controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba.
- b) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada.
- c) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos, de la teoría o la técnica en cuestión.
- d) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

En parecida traducción, los criterios se expresan del siguiente modo: 1) Que esté científicamente demostrada, 2) Que esté sujeta a revisión por iguales y a publicación, 3) Que existan normas estandarizadas que controlen el uso de la técnica, 4) Que esté aceptada por la Comunidad Científica y 5) Que se conozca su tasa de error potencial y que éste sea aceptable.

³El seminario se estructuró en tres talleres: 1.- Gestión de la escena del crimen. Preservación y compilación de los elementos de prueba, presidido por Sr. DE KINDER (Vicepresidente de la ENFSI), 2.- Normas técnicas, organización de los laboratorios y status del perito: condiciones de la cooperación Europa, presidido por Sra. SAINT DICIER (Asesora científica del subdirector general de la policía técnica y científica francesa) y 3.- La integración de la prueba científica en el procedimiento penal, dirigido por Sr. WOJCIKIEWICZ, profesor de derecho y de ciencias forenses en la Universidad de Jagiellonian (Cracovia-Polonia).

⁴Estrasburgo, Cdpc/docs 2010/cdpc (2010) 10 –f. Los autores son profesores de la Escuela de Ciencias Criminales, Facultad de Derecho y Ciencias Criminales de la Universidad de Lausanne, Suiza.

⁵Decisión 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786, 125 L. Ed. 2 d 469 de 1993.

⁶En su libro *La prueba*, Marcial Pons(2008), pág. 283. Este autor también da cuenta que la decisión de la Corte Suprema condujo en el año 2000 a una relevante reforma de la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* que, pese a no recoger específicamente los criterios contenidos en la sentencia *Daubert*, se ha situado en la misma línea, estableciendo que el *expert testimony* sea admitido sólo cuando se fundamente en hechos o datos suficientes, sea el producto de principios y métodos fiables y el experto haya aplicado válidamente estos principios y métodos a los hechos del caso específico.

Así se recoge en la Memoria 2009 del Instituto Universitario de Investigación de Ciencias Policiales de la Universidad de Alcalá de Henares (IUICP) por GUTIÉRREZ REDOMERO, que expresa estos criterios ⁷ al informar sobre el estado de la investigación del proyecto llevado a cabo sobre Lofoscopia, cuya línea de investigación es realizar un estudio multidisciplinar sobre uno de los problemas más acuciantes de la identificación Lofoscópica y más concretamente de la Dactiloscópica, orientado a la obtención de datos estadísticos poblacionales que permitan llevar a cabo el cálculo probabilístico de la identidad mediante el cotejo de impresiones dactilares. Cabe resaltar que en el Informe NAS (2009) en su página 140 se cita uno de los trabajos realizados y publicados en el *ForensicScience International* por investigadores del IUICP (tanto de la UAH, como de la Comisaría General de Policía Científica) como uno de los pocos estudios estadísticos poblacionales realizados en el ámbito de la Dactiloscopia (Gutiérrez et al, 2007) y en octubre 2009 se hace mención a este mismo trabajo en el informe emitido por la Policía Metropolitana de Londres (Scotland Yard) “Directorate of ForensicServiceSubmissionto Scottish FingerprinTenquiry” ([http:// thefingerprintinquiry.scotland.com/inquiry/files/MP_0008.pdf](http://thefingerprintinquiry.scotland.com/inquiry/files/MP_0008.pdf))

En España, todavía no se ha dado ningún pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo sobre estas evidencias, aunque pueden detectarse aproximaciones al mismo, ni el legislador se ha pronunciado al respecto en concreto sobre los criterios de admisibilidad de la prueba científica.

Por ello, consideramos que es necesario, al hilo de la valoración probatoria de los informes emitidos por los laboratorios oficiales, cuyo carácter documental se consagró legalmente en el año 2002 con la reforma del art. 788.2 de la LECrim, tras una trascendental jurisprudencia sobre la materia, abordar esta reflexión crítica en el obligado marco de las garantías procesales y la eficacia de la investigación.

Al introducirnos en la problemática de la prueba penal científica, hay que destacar a nivel internacional el famoso informe emitido por la NationalAcademy of Sciences (NAS) “StrengtheningForensicScience in theUnitedStates. A path forward” (CommitteeonidentifyingtheNeeds of theForensicSciencesCommunity, NationalResearch Council, marzo 2009)⁸ o el documento del Consejo de Europa sobre la prueba científica en Europa ya citado (2010).

⁷ Véase pág. 88 y ss. de la Memoria citada.

⁸ Una extensa referencia a los antecedentes y contenido de este Informe en MONTES, Francisco “Fortalecimiento de la Criminalística en Estados Unidos: El camino por delante”, trabajo inédito, 2009. En dicho trabajo, en cuanto a los antecedentes del informe, se dice: “El 22 de noviembre de 2005, se aprobó la Ley de Asignaciones para los Departamentos de Ciencia, Estado, Justicia, Comercio, el Poder Judicial y Organismos Conexos de 2006. Conforme a los términos del estatuto, el Congreso autorizó a “la Academia Nacional de Ciencias a realizar un estudio sobre la criminalística, tal y como se describía en el informe del Senado”. El Informe del Senado que cita el Informe de Conferencia establece que: Aunque existe un gran volumen de análisis de los requisitos en la disciplina de ADN, existe poco o ninguno sobre las demás necesidades de la comunidad fuera del ámbito del ADN. Así pues... el Comité insta al Fiscal General a aportar fondos a la Academia Nacional de Ciencias para que establezca un Comité de Criminalística independiente. Este Comité reunirá a miembros de la comunidad criminalística que representen a los laboratorios operativos, examinadores médicos y forenses; expertos legales; y otros científicos cuya presencia se estime apropiada. El Informe del Senado también explica los deberes del Comité de Criminalística, ordenándole:

(1) evaluar las necesidades de recursos presentes y futuras de la comunidad criminalística, incluyendo a los laboratorios criminalísticos estatales y locales, examinadores médicos y forenses;

-
- (2) Formular recomendaciones para maximizar la utilización de las técnicas y tecnologías criminalísticas para la resolución de delitos, investigación de muertes y protección del público;
 - (3) identificar los avances científicos potenciales que pudieran ayudar a las autoridades a utilizar las técnicas y tecnologías criminalísticas para proteger al público;
 - (4) formular recomendaciones sobre programas destinados a aumentar el número de examinadores médicos y de científicos criminalísticos cualificados disponibles para trabajar en laboratorios criminalísticos públicos;
 - (5) difundir buenas prácticas y directrices sobre la recopilación y análisis de pruebas forenses que ayuden a garantizar la calidad y solidez del uso de las técnicas y tecnologías criminalísticas para resolver delitos, investigar muertes y proteger al público;
 - (6) examinar la función de la comunidad criminalística en la misión de seguridad interior;
 - (7) [examinar] la interoperabilidad de los sistemas automáticos de información sobre huellas dactilares [AFIS]; y
 - (8) examinar otros aspectos relativos a la criminalística tan y como determina el Comité.

En otoño de 2006, la Academia Nacional de Ciencias creó un Comité para llevar a la práctica esta misión asignada por el congreso. Tal y como recomendaba el Informe del Senado, las personas seleccionadas incluían miembros de la comunidad criminalística, de la comunidad legal y un diverso grupo de científicos. Operando bajo el proyecto denominado “Identificación de las Necesidades de la Comunidad Criminalística”, el comité se reunió en ocho ocasiones: 25-26 de enero, 23-24 de abril, 5-6 de junio, 20-21 de septiembre, 6-7 de diciembre, 24-25 de marzo, 23-24 de junio y 14-15 de noviembre de 2008. Durante estas reuniones, el comité escuchó el testimonio de expertos y deliberó sobre la información que recibía. Entre reuniones, los miembros del comité revisaron los numerosos materiales, estudios e informes publicados relacionados con las disciplinas de la criminalística, se dedicaron investigación independiente al asunto y trabajaron en los borradores del informe final.

Entre los expertos que aportaron testimonio figuraban agentes de organismos federales, académicos e investigadores becados, asesores privados, agentes de las autoridades federales, estatales y locales, científicos, examinadores médicos, un forense, agentes de laboratorios criminalísticos de los sectores público y privado, investigadores independientes, abogados defensores, profesionales de la criminalística y altos cargos de organizaciones profesionales y normativas (véase la lista de Agradecimientos en el Apéndice B para obtener una lista completa).

Los temas abarcados y deliberados durante las vistas del comité incluían:

- (a) fundamentos del método científico aplicado a la práctica criminalística – generación de hipótesis y puesta a prueba, falsificabilidad y reproducibilidad y revisión por iguales de publicaciones científicas;
- (b) evaluación de los métodos y tecnologías criminalísticas – recopilación y análisis de datos forenses, porcentajes de exactitud y error de los análisis forenses, fuentes de parcialidad potencial y error humano en la interpretación realizada por peritos forenses y pruebas de aptitud de los peritos;
- (c) infraestructura y necesidades de investigación básica y evaluación de tecnología en la criminalística;
- (d) educación y formación actuales en la criminalística;
- (e) estructura y funcionamiento de los laboratorios criminalísticos;
- (f) estructura y funcionamiento de los sistemas forenses y de examen médico;
- (h) acreditación, certificación y licencias para operaciones criminalísticas, sistemas de investigación médica de muertes y científicos;
- (i) Grupos de Trabajo Científicos (GTCs) y sus prácticas;
- (j) prácticas criminalísticas:
 - Pruebas sobre patrones/experiencia
 - huellas dactilares (incluida la interoperabilidad del AFIS)
 - examen de armas de fuego
 - trazas instrumentales
 - marcas de mordeduras
 - impresiones (neumáticos, calzado)
 - análisis de patrones de sangre
 - grafística
 - cabellos
 - Pruebas analíticas
 - ADN
 - esmaltes (pinturas)

Como es sabido, el informe NAS 2009 puso de manifiesto las deficiencias de algunas de las disciplinas usadas en las Ciencias Forenses en Estados Unidos, realizándose por el comité que lo elaboró trece recomendaciones al respecto, en las que pone de manifiesto la imperiosa necesidad de formación y estandarización de las técnicas aplicadas, así como la imperiosa necesidad de realizar la investigación básica necesaria, que dote a las mismas de las bases científicas que garanticen la calidad y solidez de su uso, como herramientas de identificación criminalísticas, para resolver delitos, investigar muertes y proteger a la población.

En el libro citado *La prueba pericial científica* se publica la investigación realizada, por primera vez en España y de forma que podría calificarse de titánica por el gran esfuerzo personal que ha supuesto para los miembros del equipo investigador y sus colaboradores, de un estudio indispensable para lo que luego se publicaría como una de las recomendaciones del Informe NAS, es decir, la Recomendación nº 3, la cual plantea como necesaria la investigación para resolver los aspectos de exactitud, fiabilidad y validez de las disciplinas de la ciencia forense, por lo que se recomienda financiar la investigación competitiva entre expertos en las siguientes áreas:

- Estudios que sienten las bases científicas que demuestren la validez de los métodos forenses.
- Desarrollo y establecimiento de medias cuantificables para la fiabilidad y precisión de los análisis criminalísticos. Los estudios también deberán determinar los límites de la fiabilidad y precisión que cabe esperar de los métodos usados.
- El desarrollo de mediciones cuantificables de la incertidumbre en las conclusiones de los análisis criminalísticos.

-
- productos químicos (drogas incluidas)
 - materiales (fibras incluidas)
 - fluidos
 - serología
 - análisis de fuegos y explosivos
- Pruebas digitales;
- (k) la eficacia de los sistemas forenses comparados con los de los examinadores médicos;
 - (l) uso de las pruebas criminalísticas en los litigios civiles y criminales:
 - recopilación y flujo de las pruebas desde el escenario del delito hasta la sala del tribunal
 - forma de testificar ante del tribunal de los profesionales criminalísticos
 - casos que implicaban la mala interpretación de pruebas criminalísticas
 - sistema de adversarial en los litigios penales y civiles
 - uso y mal uso de las pruebas criminalísticas por parte de los abogados
 - trato de las pruebas criminalísticas por parte de los jueces
 - (m) proyectos y práctica criminalística en distintos organismos federales, incluido NIST, FBI, Servicio Secreto de los EEUU, NIJ, DEA y Ministerio de Defensa;
 - (n) práctica criminalística en organismos locales y estatales;
 - (o) proveedores de servicios criminalísticos no tradicionales; y
 - (p) la comunidad criminalística en el Reino Unido.

Las pruebas documentales y testimoniales estudiadas por el comité resultaron detalladas, complejas y en ocasiones controvertidas. Dada esta realidad, el comité no tuvo forma posible de responder todas y cada una de las preguntas formuladas, ni diseñar soluciones específicas para todos los problemas identificados. En su lugar, alcanzó un consenso sobre los aspectos más importantes a los que se enfrentaba la comunidad criminalística y el sistema de examen médico y acordó 13 recomendaciones concretas para resolver estos aspectos”

- Técnicas automatizadas capaces de mejorar la terminología criminalística.

En la actualidad, el debate sobre la valoración de la prueba científica se encuentra abierto en el propio ámbito científico, hablándose de un cambio de paradigma de la identificación a la verosimilitud⁹, cuyo soporte esencial es el Teorema de Bayes, enunciado por [Thomas Bayes](#) (1702-1761), en la [teoría de la probabilidad](#), considerando que es el resultado que da la [distribución de probabilidad condicional](#) de un [evento aleatorio](#) A dado B en términos de la distribución de probabilidad condicional del evento B dado A y la [distribución de probabilidad marginal](#) de sólo A .

Esto no obstante, dicho paradigma de la verosimilitud, si bien puede tener su juego en el campo científico, sin que pueda descartarse que la identificación es el objetivo de la prueba científica, no tiene acogida en el ámbito jurídico, donde la presunción de inocencia obliga a la certeza de la convicción condenatoria fundada en pruebas incriminatorias suficientes y no que ofrezcan una mera verosimilitud de los hechos a que se refieren, lo que descarta los términos de la ecuación bayesiana.

Recomendamos al lector la consulta de la STS -2ª- STS -2ª- 1323/2005, de 10 noviembre (Martín Pallín), extractada en esta obra, en la que se concluye sobre la prueba de ADN y la teoría de la probabilidad que *“El enjuiciamiento penal exige ceñirse al caso concreto sin que las reglas de la teoría de la probabilidad, por muy plausibles que sean en el campo de la ciencia, puedan serle aplicables, al partir éstas apriorísticamente de frecuencias cuantitativas no extrapolables a la singularidad que representan los casos penales”*

Sobre el Teorema de Bayes, TARRUFO¹⁰, afirma: *“No versan sobre el problema de la prueba estadística los innumerables trabajos teóricos, difundidos especialmente en los Estados Unidos de América, que proponen modelos teóricos de razonamiento judicial –y, en particular, de la valoración de la prueba- basados en cálculos de probabilidad cuantitativa empleando el denominado teorema de Bayes. Hay varias razones para dudar que el Teorema de Bayes –y en general el cálculo de la probabilidad cuantitativa- sea una concepción válida del razonamiento probatorio (...). En todo caso, el argumento principal es que los trabajos que siguen el modelo bayesiano no versan sobre un tipo de prueba particular o sobre una técnica probatoria específica, sino que tienen por objetivo la construcción de un modelo general de valoración de la prueba (de todo tipo de prueba), así como de la construcción de las inferencias que fundamenten la decisión fáctica final, atribuyéndose valores de*

⁹ Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina, LUCENA MOLINA, José Juan y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar”, publicado en *diario La Ley* núm. 7481, de 4 octubre 2010. Estos autores, recogiendo las opiniones doctrinales de otros autores extranjeros como D.H. Kaye, afirman que “el paradigma de la individualización ha sido duramente criticado por la comunidad científica, pues, aunque constituye un esquema de análisis intuitivo y sencillo, no resulta aceptable: la tesis no comprobada de que el perito puede relacionar un vestigio de origen desconocido con una única fuente responde a una falsa intuición probabilística que iguala infrecuencia con unicidad”. Por ello entienden que sólo el llamado paradigma de la verosimilitud (R. Royal) es válido para que el forense evalúe la evidencia en los juicios desde que Hacking lo enunciara en 1965 como “ley de verosimilitud”, dejando al juez la valoración de los datos y al perito la expresión de lo que dicen los datos en función a criterios probabilísticos y no categóricos.

¹⁰ *La prueba...* ob. cit, págs. 286 y 287.

probabilidad cuantitativa. Así pues, dichos trabajos no aluden al uso de los datos estadísticos como prueba y no existe vínculo algunos entre estas teorías, ya sean fundadas o infundadas, con la prueba estadística en sentido estricto, ni –de forma más general- con la prueba científica”

A mayor abundamiento, ya en relación con la prueba estadística, TARRUFO afirma que: *“(…) parece que la opinión predominante en la doctrina considera insuficientes los datos estadísticos “puros” para probar hechos concretos. El argumento fundamental es que de la frecuencia con que se produce un tipo de eventos en una serie determinada de situaciones, no se puede extraer consecuencia alguna acerca de un acontecimiento individual: el ejemplo más evidente, y el más estudiado, es la imposibilidad de inferir de datos estadísticos referentes a correlaciones de causalidad general, la prueba de un nexo de causalidad individual. En otras palabras, como suele decirse, las estadísticas sirven para hacer previsiones o –precisamente- para establecer frecuencias, pero no sirven para probar hechos particulares. En consecuencia, un dato estadístico no puede constituir por si mismo prueba del hecho que se trata de determinar en el proceso. Esto no implica que los datos estadísticos sean, por definición, inútiles desde el punto de vista probatorio, sólo se indica que no son suficientes: la prueba estadística requiere que el dato estadístico se vincule con el hecho individual que se trata de probar mediante una regla de inferencia del tipo “si E se verifica X veces sobre el 100 por 100, entonces el hecho individual Y se ha verificado con una probabilidad de X por 100”. Sin embargo, es necesario que esta regla de inferencia muestre valores muy elevados de X, es decir, que la frecuencia con que se constata Y sea muy alta, sustancialmente cerca de 100 por 100: sólo en ese supuesto, en efecto, se podría construir una inferencia cuasideductiva idónea para atribuir un grado de certeza práctica a la conclusión respecto de la existencia del hecho a probar”*

Como es sabido, el proceso penal es el medio a través del cual se depuran las responsabilidades penales de las personas (físicas o jurídicas)¹¹. La responsabilidad penal sólo se contrae por la comisión de una infracción penal. La infracción penal es la contravención de una norma penal. Las normas penales definen hechos que determinan las acciones o conductas típicas penalmente y anuda a la comisión de estos hechos una consecuencia jurídica.

El proceso penal, pues, para realizar su función tiene que investigar los hechos con objeto de que estos sean subsumidos en los previstos en la norma y darle la consecuencia jurídica también regulada normativamente.

De ahí, que el proceso penal sea un proceso histórico, dado que siempre investiga hechos pasados. En la dinámica del proceso, la investigación de los hechos pasados determinará, en su caso, la constitución de pruebas de esos hechos. Las pruebas tienen como finalidad fundar la convicción del órgano de enjuiciamiento para la resolución del caso.

¹¹ Desde la vigencia a partir del día 23 diciembre 2010 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio (BOE nº 152, de 23 junio 2010), la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España ha quedado consagrada en el art. 31 bis del Código Penal. Véase, entre los primeros comentarios de la norma, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio”, en *La Ley Penal*, núm. 77, diciembre 2010. Recuérdese que en otros tiempos históricos (Inquisición española, siglos XV a XIX) llegó a exigirse responsabilidad penal a personas fallecidas. Sobre la Inquisición y su proceso véase nota *infra*.

Las pruebas no son los hechos sino la demostración de los hechos¹². Son fuente de conocimiento de los hechos. Su estudio admite diferentes perspectivas analíticas, más o menos de cierta complejidad conceptual, si bien las pruebas responden a una idea sumamente sencilla: demostrar que hechos pasados constituyen la acción o conducta típica contemplada en la norma penal para extraer de esa conducta una consecuencia jurídica¹³.

Entre las clásicas explicaciones conceptuales de la prueba penal¹⁴, se dice que *el fin* de la prueba es lograr el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en los escritos de calificación; *el objeto* de la prueba son todos los hechos, principales o secundarios, positivos o negativos, jurídicamente relevantes para el pronunciamiento judicial en el caso concreto; y *los medios de prueba* son todos los elementos que pueden servir para producir dicho convencimiento judicial.

Las diversas perspectivas analíticas que admiten la aproximación y el estudio de la prueba penal, si se pretende abordar su problemática con cierto rigor científico, obligan, al menos, a realizar una breve referencia de cada una de ellas, constituidas por la visión filosófica-jurídica, la histórica, la técnica y la jurídica *strictu sensu*.

Veamos brevemente cada una de ellas.

a) Desde el campo de la filosofía jurídica, siendo la prueba una fuente de conocimiento de los hechos, ésta se enmarca en la teoría del conocimiento jurídico o, más generalmente, en la teoría del conocimiento o epistemología¹⁵.

La epistemología jurídica, “*ha sido un huérfano ignorado, desatendido tanto por los filósofos del derecho, como por los procesalistas y penalistas*”(LAUDAN, 2007). De ahí, que este autor se queje de que estemos gravemente sumidos en la confusión acerca de los fundamentos epistemológicos del derecho cuando en la historia, las ciencias o las matemáticas las bases epistemológicas y métodos de investigación merecen un lugar preferente en las teorías filosóficas de estas actividades. Esta situación lleva a LAUDAN a afirmar que “*Sólo en el derecho nos encontramos ante el espectáculo de una forma casi universal de búsqueda de la verdad cuyos principales teóricos (entre ellos: AUSTIN, KELSEN, HART, DWORKIN y RAZ) no se esfuerzan por resolver cuándo es sólida la pretensión del proceso de ser capaz de separar la verdad y el error*”.

¹² No son hechos los objetos que aparecen en los hechos. Su aportación al proceso se realizan mediante las piezas de convicción (cfr. arts. 629, 631, 635, 654, 688, 726, 770, 707 y 844 LECrim).

¹³ LAUDAN, Larry, en el prólogo a la obra de FERRER BELTRÁN, Jordi *La valoración racional de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2007, afirma “*La justicia del veredicto en un proceso judicial depende de una adecuada investigación de los hechos. Esta última, a su vez, depende de la habilidad del juzgador para determinar si la parte que soporta la carga de la prueba ha producido las pruebas necesarias para demostrar lo que debe probar al nivel de suficiencia exigido por el estándar aplicable. En estas dos breves frases tenemos una caracterización de los elementos más importantes de un proceso en lo que hace a la prueba, ya sea penal o civil*”

¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Penal*, 8.ª ed. Madrid, 1975

¹⁵ Para una introducción a la teoría del conocimiento, ESTANY, Anna, *La fascinación por el saber. Introducción a la teoría del conocimiento*, Crítica, colección nuevos instrumentos universitarios, Barcelona, 2001 y bibliografía allí citada.

En este sentido, la epistemología jurídica, a criterio de LAUDAN elogiando la labor realizada por FERRER¹⁶, debe profundizar en la racionalidad de las decisiones judiciales, que comprende la clasificación de los tipos de enunciados probabilísticos involucrados en la valoración de la prueba, la noción de relevancia y su relación con la admisibilidad y el concepto de estándar de prueba¹⁷.

Por otra parte, dentro de la misma visión filosófico-jurídica, los trabajos de TARUFFO¹⁸ han puesto de manifiesto que cualquier análisis de la prueba no puede prescindir de la perspectiva epistemológica, para dotar de carácter científico el estudio.

b) La dimensión histórica de la prueba penal nos permite comprender los caracteres actuales de la prueba penal contemporánea, tanto en el sistema anglosajón como en el continental¹⁹, dado que históricamente estos caracteres estaban ausentes de consideración alguna.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, la libertad de aportación de medios de prueba y la libre valoración de la prueba son principios fundamentales de la actual prueba penal, resultado de lentos procesos históricos en contextos revolucionarios donde la lucha por los derechos humanos ha llevado a los sistemas penales a inclinarse por el modelo acusatorio frente al inquisitivo, en el que la prueba reina era la confesión y el instrumento de obtención de la misma la tortura.

Hay que recordar que en los antecedentes históricos más próximos de nuestro moderno proceso penal (LECrím 1882) se encuentra el inquisitorial, cuyas muchas de sus manifestaciones perviven en la actualidad. No se olvide que la confusión de las funciones de investigación, acusación y judicial, propia de la *inquisitio*, es una elaboración del Derecho Canónico de la Edad Media —siglo IX, causas sinodiales— frente al histórico sistema acusatorio romano²⁰, que se incorporó con la denominación de proceso penal inquisitivo, por la preeminencia de la *inquisitio* no por ser el proceso utilizado por la Inquisición²¹, al *ius commune europeo* en los siglos XI y XII y que tiene

¹⁶ Véase también la obra de GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Ed. Marcial Pons, 3ª edición (2010).

¹⁷ PÉREZ GIL, Julio, *El conocimiento científico...*, citado, pág. 15, recuerda los trabajos desde la teoría y la filosofía del derecho “en particular relacionando conocimiento científico con la determinación de estándares de prueba, con la exigencia de la racionalidad en la valoración judicial o con la ineludible respuesta del derecho en contextos de incertidumbre científica”.

¹⁸ *La prueba*, Marcial Pons, 2008. Este autor, imprescindible en los estudios sobre la prueba, fue discípulo del profesor de la Universidad de Pavía, Vittorio DENTI, que en la década de los años setenta, publicó un notable ensayo sobre la prueba científica titulado “ScietificitàDellaprova e libera valutazione del giuridice”, en Riv. Di Dir. Pro 1972 (27, pp. 414-437), que puede consultarse también bajo el título “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (1972), pp- 277-30. Cita extraída de MORELLO, Augusto M. “La prueba científica”, *Publicaciones-debate no.10, Memoria del XVI Congreso Mexicano de Derecho Procesal con participación internacional*, editada por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, tomo I, Guanajuato, pp. 59-70

¹⁹ Para una inteligente visión de la prueba pericial en estos sistemas en la actualidad, véase el capítulo del libro *La prueba pericial científica*, citado, redactado por VALMAÑA OCHAITA, Silvia, sobre el examen del Derecho Comparado ante la prueba pericial científico-oficial.

²⁰ Ver GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit. pág. 99 y ss.

²¹ Sobre la Inquisición y su proceso, véanse los libros esenciales de: EIMERIC, Nicolau (primer Inquisidor General de Aragón) y PEÑA, Francisco, *El Manual de los Inquisidores*, 1376-1578, edición

sus manifestaciones en todos los procesos penales de la jurisdicción real ordinaria de la Europa continental de la época²².

En especial, fue utilizado en la Inquisición medieval o romana fundada en 1184 en la zona de Languedoc, al sur de Francia, para reprimir la herejía de los cátaros o albigenses, la cual después pasó, tras implantarse en el Reino de Aragón en 1249, a inspirar a la que propiamente se conoce como la Inquisición española fundada por bula de 1 de noviembre de 1478 por el Papa Sixto IV, a solicitud de los Reyes Católicos, hasta su abolición en 1834.

La Inquisición española también utilizó el mismo proceso penal en el que el inquisidor investigaba (de ahí, el término *inquisitio*), designaba al fiscal y a la defensa y dictaba la sentencia. Este proceso inquisitivo es un antecedente histórico inexcusable de nuestro actual proceso penal.

La promulgación en 1882 de la LECrim con la pretensión de instaurar un proceso acusatorio, según su famosa y elogiada Exposición de Motivos (apartado XVI) debida a la pluma de ALONSO MARTÍNEZ, si bien AGUILERA DE PAZ, E. advierte que se mantiene el régimen inquisitivo en la investigación criminal y el acusatorio después²³, supuso un cambio legal importante para la superación del proceso inquisitivo aunque no definitivo, lo que llevó a la doctrina a calificar nuestro sistema de acusatorio formal, al pervivir de hecho la preeminencia de la fase sumarial o inquisitiva sobre el plenario prácticamente hasta nuestros días²⁴.

A partir de la Constitución de 1978, se ha generado una *praxis* más respetuosa con el sistema acusatorio gracias a los avances de la jurisprudencia sobre la materia,

española en 1983 de SALA-MOLINS, Luis, Muchnik editores, Barcelona; LEA, Henry Charles *History of the Inquisition of Spain*, 4 vols, New Cork, Macmillan, 1906-1907, edición en español a cargo de A. Alcalá, *Historia de la Inquisición Española*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1983; LLORENTE, Juan Antonio, *Historia crítica de la Inquisición en España*, 1817, edición en 1980 en 4 vols. libros Hiperión, Madrid; PÉREZ VILLANUEVA, J. y ESCANDELL BONET, B, *Historia de la Inquisición en España y América*, 3 vols. BAC (1984-1993-2000); KAMEN, Henry, *La Inquisición española. Una revisión histórica*, Crítica, Barcelona (1999); JUAN CABALLERO, Ricardo, *Justicia Inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición española*, Ariel Historia, Buenos Aires, 2003; ESCUDERO, José Antonio, *Estudios sobre la Inquisición española*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2005. Para una bibliografía general sobre la Inquisición, consúltese la prestigiosa obra de EMILE VAN VEKENE, *Biblioteca bibliographica historiae Sanctae Inquisitionis. Bibliographisches Verzeichnis des gedruckten Schriftums zur Geschichte und Literatur der Inquisition*, 2 vols. (Liechtenstein, 1983).

²² Ver TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, ed. Tecnos, Madrid (2.ª ed. 1992)

²³ En pág. 6 de sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1912 (tomo I), con prólogo de RUIZ Y VALARINO, Trinitario.

²⁴ Para una introducción histórica sobre la evolución de la prueba penal, véase la síntesis de DUÑAITURRIA LAGUARDA, Alicia, “De la verdad racional a la irracional. Evolución de la prueba”, en el libro colectivo *La Prueba Judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. La Ley, 2011, págs. 123 a 138, que analiza las ordalías o juicios de Dios, la recepción del Derecho Común o Romano-Canónica, que determina el tránsito de un sistema probatorio irracional a otro racional o tasado y la Edad Moderna. Con cita de ALONSO, M.P. *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, para los cambios del nuevo orden procesal.

cada día más necesitada de una adecuada reforma legislativa, que garantice mejor los derechos procesales fundamentales²⁵.

En cuanto a la prueba del proceso penal moderno, básicamente, en nuestro sistema, estos caracteres son el de legalidad, licitud y suficiencia que se enmarcan en el derecho fundamental a la presunción de inocencia *ex art. 24.2 CE*.

Legalidad, en cuanto que el carácter jurídico procesal de la actividad probatoria implica su sumisión a una ordenación que afecta a su procedencia y a su eficacia. En principio, sólo tienen la consideración de pruebas las que se practican en el acto del juicio oral conforme a las prescripciones de la LECrim y con plena observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal y conforman el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Excepcionalmente pueden alcanzar también eficacia probatoria determinadas diligencias sumariales si se han realizado con observancia de los requisitos que la Constitución y las normas procesales prescriben.

Licitud, porque no todos los medios de información son idóneos para que Tribunal forme su convicción sobre los hechos y los plasme en la sentencia. Un proceso con todas las garantías sólo permite los medios lícitos de prueba. En este sentido el art. 11.1 LOPJ dispone que en todo tipo de procedimiento se respetaran las reglas de la buena fe, y no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales.

Suficiencia, por cuanto para que el Tribunal pueda fundar su convicción ha de producirse, según el Tribunal Constitucional, una “*mínima actividad probatoria*” con todas las garantías procesales, pues de otro modo, sin una prueba mínima de cargo practicada en el juicio, no cabe tener por desvirtuada la presunción de inocencia.

c) Desde el punto de vista técnico, se imponen consideraciones técnicas en el estudio de la prueba penal, tanto en lo que respecta a la propia técnica probatoria²⁶ como a las técnicas utilizadas en algunos medios probatorios, como es el caso de la prueba científica, a la que nos referimos extensamente en el libro *La prueba pericial científica* ya citado en el que se recoge el estudio de las pericias científicas realizadas por los laboratorios oficiales en España, tanto desde una exposición detallada de las mismas de carácter enumerativo como en su consideración crítica, con análisis de sus parámetros científicos y fiabilidad de sus resultados.

d) Por último, la visión jurídica *strictu sensu* obliga, por una parte, a un análisis constitucional de la prueba penal, formado básicamente por la jurisprudencia que ha ido generándose desde el año 1981 en el Tribunal Constitucional y en la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, por otra

²⁵ Si bien parcialmente, sólo en materia de investigación por medios tecnológicos, véase la reciente reforma de la LECrim operada por Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre (BOE 239 del 6), que entró en vigor el día 6 diciembre 2015.

²⁶ Desde esta perspectiva, véase la obra de MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, 1ª edición 1967, 4ª edición 1993. Consúltense también los *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio* del diario *La Ley*, que recoge artículos específicos sobre la materia procedentes del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Universidad Ramón Llull, Facultad de Derecho, ESADE.

parte, al estudio del régimen jurídico de la prueba establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (reglas probatorias)²⁷ tanto en la fase de investigación o instrucción como en del juicio oral o plenario, en sus diversas modalidades procesales (sumario, procedimiento abreviado, enjuiciamiento rápido y faltas²⁸), el cual sirve de régimen común y supletorio al establecido en otros procesos penales específicos como el del Tribunal de Jurado y el de menores²⁹.

Como apunta la doctrina, las reglas probatorias condicionan el conocimiento judicial, ya que éste no puede formarse en el proceso al margen de ellas, lo que limita su *cognitio* frente a otras parcelas del pensamiento, el cual puede ser elaborado al margen de reglas jurídicas procedimentales.

Pero, en el ámbito del proceso penal, no hay que olvidar que estas limitaciones del conocimiento judicial impuestas por las reglas procesales no responden a la arbitrariedad del legislador sino a un principio que en la Constitución se expresa en el art. 24.2 cuando se reconoce el derecho “*a un proceso público (...) con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”.

Estos derechos procesales constitucionalizados obligan al respeto a las reglas procesales probatorias, las cuales, a su vez, garantizan que al conocimiento judicial llegará la prueba de los hechos legalmente y bajo aquellos principios que también garanticen *la limpieza* del proceso entre las partes.

En cierto modo, la crítica que se hace a las reglas procesales probatorias en cuanto suponen una limitación de la *cognitio* del juzgador son relativas, dado que no se trata en el proceso penal que el juez forme su libre convicción *a cualquier precio*³⁰ sino bajo un escrupuloso respeto de la legalidad, que garantiza el respeto de los derechos fundamentales de las partes y justifica la racionalidad de su resolución decisoria así como su control jurisdiccional posterior.

²⁷ Un interesante ejemplo de la complejidad del análisis de las pruebas se observa en GAMA LEYVA, Raymundo, “El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica”, en el libro colectivo *La Prueba Judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. La Ley, 2011, págs. 163 a 179, que distingue entre la ciencia de la prueba –por ejemplo, la probática- y el Derecho probatorio. Indicándose por GAMA que “Por un lado, WIGMORE (1863-1943) explica que la ciencia de la prueba comprende los principios de la prueba, basados (...), en “la lógica, la psicología y la experiencia general”. Por el otro, se encuentra el Derecho probatorio, esto es las reglas procedimentales sobre la prueba. En este esquema, la prueba es entendida como un proceso racional de carácter inferencial; los principios que la rigen no son otros que los principios del razonamiento inductivo (la lógica de la prueba), no las reglas jurídicamente establecidas. La tesis de WIGMORE es que los principios de la prueba son anteriores a las reglas de la prueba y que su estudio previo es necesario para comprender las reglas sobre la prueba”

²⁸ Téngase en cuenta que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 77 del 31), en vigor a los seis meses de su publicación, derogó el Libro III del CP relativo a las faltas, despenalizando algunas de ellas en infracciones administrativas reguladas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 77 del 31) y otras elevándolas a la categoría de delitos leves, regulando un nuevo procedimiento denominado “Procedimiento para el juicio sobre delitos leves” con la modificación de los arts. 962 y ss. LECrim, según Disposición final segunda, número ocho, de la referida Ley.

²⁹ Véase el apartado de bibliografía general. Sobre menores, DOLZ LAGO, MJ *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

³⁰ Utilizamos la famosa expresión del Tribunal Supremo Federal Alemán, al proscribirse la prueba ilícita.

El que estas reglas procesales lleven anudada una limitación del conocimiento judicial hay que valorarlo como un efecto inherente al sistema y, en cierto modo, funcional al fin perseguido: adoptar una solución lo más justa posible al conflicto en el marco de las garantías.

Lo contrario, tanto por un lado como por otro, nos llevaría a la arbitrariedad, dado que, por un lado, si no se ponen limitaciones al conocimiento judicial por ausencia de reglas probatorias habría que admitir lo intolerable como es el conocimiento judicial *a cualquier precio* y, por otro lado, no se habría garantizado la *limpieza* de las pruebas entre las partes, que viene exigida en el presupuesto de la decisión judicial, que culmina el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por nuestra Constitución en su artículo 24.1.

Dicho esto, resaltando la necesidad de las reglas probatorias aunque limiten la *cognitio* judicial, en el libro *La prueba pericial científica* citado se plantea que los medios de prueba tradicionales que contienen estas reglas procesales, bajo la clásica distinción entre pruebas personales (interrogatorio del acusado, testifical y pericial) y pruebas reales (inspección ocular y documental), resultan insuficientes para acoger debidamente la prueba científica-oficial en el proceso penal, lo que a la vista de la inexistencia de un *numerus clausus* en la enumeración de las pruebas penales, obliga a reflexionar seriamente sobre el encaje de esta prueba en alguno de los medios tradicionales o en la creación de un *tertiusgenus* probatorio a través del cual pueda ser incorporada al proceso para su libre valoración por el juez.

Por otra parte, no hay que desconocer la importancia de la obtención transnacional de pruebas, que requiere una pequeña reflexión sobre el particular, especialmente en las pruebas científico-oficiales.

Como afirma AMBOS, Kai³¹ “(...) *el reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial en materia de prueba sólo promete un auténtico beneficio en términos de eficiencia, frente a la cooperación judicial tradicional, si se consigue establecer estándares mínimos para toda la Europa común en Derecho probatorio, ya que sólo entonces tiene la presupuesta confianza recíproca un fundamento real, como justamente muestra el ejemplo del art. 7 b) de la Decisión marco sobre orden de prueba europea*³², y se podría renunciar así a los motivos de rechazo, e incluso quizá hasta la reserva de “orden público”. Desde la perspectiva del Estado de Derecho sin embargo, esto presupone en primer lugar –acorde con el sentido de la anteriormente mencionada “estructura a dos niveles” y de las pretensiones del Programa de Estocolmo-, que sean aprobados los estándares mínimos de Derecho procesal penal, que éstos concreten los derechos del CEDH y de la Carta de Derechos Fundamentales, o sea, que se vaya más allá del derecho actualmente reconocido a la asistencia de intérprete y de traducción en el proceso penal”

³¹ En “Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre “Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad”, *Revista Penal* n° 27 (enero 2011), págs. 3 a 14.

³² Véase Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18-12-2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DOUE 2007 L Nr 350, pág. 72

El Tratado de Prüm, relativo a la profundización de la cooperación, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal³³, permite la cooperación policial y el intercambio de perfiles de ADN entre las policías europeas, como ha resaltado FIGUEROA³⁴, lo que lleva a plantearse seriamente la necesidad de una estándares de prueba científica en este terreno que hagan homologables esos datos.

En esta misma dirección viene trabajándose por la Red Europea de Institutos de Ciencias Forenses (ENFSI)³⁵, habiéndose aprobado en la Unión Europea la Decisión marco 2009/905/JAI del Consejo de 30 noviembre de 2009, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio³⁶

A mayor abundamiento, queremos señalar algunas citas históricas que nos permiten ver cómo algunos de los grandes procesalistas de principios del siglo XX ya afrontaban las preocupaciones que hoy se nos presentan y daban opiniones dignas de tenerse en cuenta.

Desde esta perspectiva hay que decir que, si bien la prueba de los Laboratorios oficiales es considerada normalmente como prueba pericial, aunque en realidad rompe los moldes probatorios tradicionales, es conveniente recordar una reflexión de GOLDSCHMIDT, J³⁷, que, desde nuestro modesto punto de vista, expresa su verdadera naturaleza.

El acreditado procesalista alemán, al tratar las aportaciones de prueba, entendidas como los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación del hecho, señala que *“Si el juez se informa de oficio, como p.ej. en el caso del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no hay que hablar de prueba o medios de prueba, sino de información y medios de cognición, porque la prueba siempre supone una materia a probar, a saber: la afirmación de la partes interesada, mientras que una actividad oficial del juez nunca puede proponerse otro fin que la averiguación de la verdad”*.

Los informes de los Laboratorios oficiales encajan perfectamente en esta consideración, al margen de consideraciones filosóficas sobre la verdad y su carácter probabilístico, de innegable valor científico y necesaria adaptación al razonamiento jurídico en términos que permitan su compatibilidad con la presunción de inocencia y la necesaria certeza, sin duda razonable, que funde una convicción judicial condenatoria, que, no se olvide, no se le exige el don de la infalibilidad.

³³ Instrumento de Ratificación en 18 de julio de 2006 –BOE 25 diciembre 2006.

³⁴ Véase FIGUEROA NAVARRO, Carmen, “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN”, *La Ley* nº 54, 3 noviembre 2008.

³⁵ La historia de ENFSI arranca del año 1992, en el que los directores de los laboratorios criminalísticos gubernamentales de Europea Occidental decidieron organizar reuniones periódicas para discutir temas de interés mutuo. El 20 de octubre de 1995 se organizó la llamada Reunión Fundacional que se considera el aniversario oficial de ENFSI. España forma parte. Para más información ver la página web <http://www.enfsi.eu>

³⁶ Diario Oficial de la Unión Europea L. 322/14, de 9.12.2009

³⁷ *Teoría General del Proceso*, Biblioteca de iniciación cultural, Colección Labor, Sección VII, Ciencias Jurídicas, nº 386, 1936, pág. 131.

Obsérvese igualmente mediante esta cita histórica, que ya en 1910, TAPIA³⁸ recordando a GERÁN afirmaba que “*la perfección de las leyes sobre la instrucción criminal depende de la exactitud de nuestro conocimiento respecto a los grados de la probabilidad y de la certeza*”.

Explicando estos conceptos, señalaba que certeza es la situación de una inteligencia que sabe y afirma que un hecho existe o no existe, lográndose ésta por la evidencia o por la inducción. La evidencia es interna o externa. La interna, o sea la intuición, siguiendo la definición de Descartes es la concepción firme que nace de un espíritu sano, atento sólo a las luces de la razón. La evidencia externa supone la noción del hecho, adquirida por medio de los sentidos y la afirmación de esta noción por la inteligencia que la recibe. La inducción es una función racional por la que nos elevamos del conocimiento de los hechos al de sus leyes generales. Más si la certeza, es la base de la verdad, no es la verdad en si misma. Filangieri dice: veo en la certeza un estado del espíritu independiente de la verdad o de la falsedad de la proposición que recae esta certeza. Puedo creer verdadera una proposición que es falsa en sí, y esta opinión puede ser para mi certeza. Puedo estar seguro de una proposición acerca de la cual otro tiene duda, y dudar yo de la que otro adquirió certeza. Por eso, seguramente, ha dicho un ilustre publicista (FaustínHelie) “Cuántas veces, en efecto el error ha sido objeto de la certeza y la verdad, de la duda”, “Cuántas veces, la historia registra creencias que han formado la fe de muchos siglos que otros posteriores han destruido”. La certeza que se busca en el procedimiento criminal de la que depende la honra, la libertad, la propiedad, la vida de los ciudadanos, sus derechos más sagrados, no se obtiene por otro camino que por el de la inducción, esto es, por el estudio reflexivo de los hechos y por el razonamiento, no bastando que la convicción sea instintiva, sino que debe ser razonada, fundándose en motivos sólidos y que deducidos con precisión la expliquen y la confirmen. El error, escribe Nicoli, no consiste en otra cosa, que en el consentimiento precipitado de la voluntad, que se deja deslumbrar por alguna falsa apariencia, y en lugar de conservar su libertad, tanto como le es posible, se mantiene con negligencia en la apariencia de verdad. La certeza en los juicios criminales no debe preceder a la discusión, sino seguir a ésta, como naciendo o derivando de la misma.

En cuanto lo que sea la probabilidad, TAPIA afirmaba que entre la duda y la certeza, hay grados intermedios que son las probabilidades. La certeza carece de matices; la probabilidad los tiene en número infinito; la primera afirma la verdad o falsedad de un hecho; la segunda tiende ya a creer, ya a no creer y admite cambios favorables o adversos. Ahora bien: ¿por qué medios debe el juzgador adquirir la certeza o fortificar o destruir las probabilidades?. Es evidente que aquellos medios son las pruebas que la ley pone a su disposición. Prueba, en tesis general, ha dicho Hélie, es todo medio jurídico de alcanzar la certeza de un hecho o de una proposición. Mittermaier estima como prueba la suma de motivos productores de certeza. Concluyendo con Filangieri que la certeza no puede residir más que en la conciencia del juez y en relación a la prueba pericial, con Mittermaier, que ésta descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde apreciar al juzgador antes de declararse convencido”.

Un siglo después seguimos debatiendo la misma problemática bajo los mismos principios, como son el de libertad de medios de prueba y el de libre apreciación e

³⁸ Vos PRUEBA, apartado Derecho procesal criminal, de la *Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1910, págs. 398 y 399.

íntima convicción, si bien estos deben modularse con lo que ha representado la prueba científica en cuanto al aporte de elementos, si quiere llamarse así, más o menos probabilísticos, para alcanzar la certeza, que no la verdad, de un hecho, los cuales, junto con todo el acervo probatorio, permitan enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado.

En cuanto a la aportación de la policía científica al proceso penal³⁹, si bien no toda prueba derivada de los laboratorios oficiales podría ser calificada de científica *strictu sensu*, en función a criterios restrictivos sobre lo que deba ser considerado ciencia diferenciándolo de técnica⁴⁰, lo bien cierto es que los informes de estos laboratorios gozan del carácter de pruebas científicas. De ahí, se impone hacer una referencia sobre la aportación de la policía científica al proceso penal, al pertenecer estos laboratorios oficiales al concepto amplio de policía científica.

La aportación científico-policial al proceso penal⁴¹ puede analizarse desde un punto de vista histórico, al que hacen referencia los Manuales de Policía Científica al uso⁴², y desde la perspectiva conceptual, es decir, en palabras de VIVES ANTON⁴³, en cuanto que *“las técnicas de organización e investigación (de la Policía Científica) son los sustituidos que han de erradicar las prácticas viciosas, heredadas del sistema basado en la tortura y la confesión que, aún prohibido desde hace más de un siglo y medio, no dejará de vivir subterráneamente, en tanto no sea suplantado con ventaja por métodos acordes con el respeto a los derechos fundamentales”*

³⁹ Véase con más detalle nuestro estudio “La aportación científico-policial al proceso penal (El proceso 11-M sin Guántanamo), publicado en el diario La Ley nº 7027 de 6 octubre 2008.

⁴⁰ TARRUFO, *La prueba...* ob. cit. pág. 278, recuerda que: *“En el contexto procesal, la prueba científica coincide en parte, pero no íntegramente, con la prueba pericial. En realidad, es bastante común que la prueba científica se forme y aporte al proceso mediante un perito. Sin embargo, la prueba pericial no siempre implica el recurso a conocimientos específicamente científicos. Por ejemplo, si se trata de medir la extensión de un inmueble, de determinar un porcentaje de invalidez o de efectuar cálculos contables complejos, entran claramente en juego competencias técnicas específicas, pero éstas no constituyen, propiamente, conocimientos científicos. Así pues, sólo cuando un elemento probatorio concreto deriva del uso de nociones de carácter científico en sentido estricto se puede hablar propiamente de prueba científica, mas no cuando se trata de conocimientos de carácter técnico”*. Este mismo autor recuerda cómo el concepto de ciencia, referido inicialmente a las naturales o empíricas como la física, la química, la ingeniería y, en algunos aspectos, la medicina y la biología, se ha extendido a las ciencias humanas y sociales, como por ejemplo la psicología, la sociología y la economía, advirtiéndole que *“el problema es que no todo conocimiento presentado como científico es, sólo por esta circunstancia, atendible y merecedor de ser usado como prueba. Se trata, pues, de distinguir la “buena” ciencia, válida y fiable, de la “mala” ciencia o junkscience, como ha sido denominada en la doctrina estadounidense”*

⁴¹ El marco jurídico de la Policía científico-judicial se encuentra en el art. 126 CE, arts. 287 y ss. LECrim, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, e Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Por otro lado, no puede desconocerse tampoco el carácter de policía judicial, como mínimo a título de colaboración, de las Policías Locales (cfr. art. 283.3º y 5º de la LECrim en relación con los arts. 29.2 y 53.1.e) de la Ley Orgánica 2/1986).

⁴² Véase para el Cuerpo Nacional de Policía, ANTÓN Y BARBERÁ, Fco. y DE LUIS y TURÉGANO, Juan Vte. *Policía Científica*, 2 vols., ed. Tirant lo blanch, Ciencias Policiales, Valencia, 2004; Comisaría General de Policía Científica, *La Policía Científica en la actividad probatoria. Pasado, presente y futuro*, Manual de Formación Continuada, 2008. Para la Guardia Civil, ZAMORANO ATIENZA, Benigno, “Historia de la Criminalística en la Guardia Civil”, *Revista del Instituto Universitario sobre Seguridad Interior* (octubre 2005), Universidad Nacional de Educación a Distancia y AGUADO SÁNCHEZ, Francisco, *Historia de la Guardia Civil*, Ediciones Históricas, S.A. (1983).

Por otra parte, recuérdese que en EEUU, el famoso FBI dirigido por Edgar Hoover desde 1928 a 1972, fue pionero a través de sus laboratorios en incorporar a la policía científica en la investigación del delito como fue el análisis de ADN para identificar sospechosos o los bancos de huellas dactilares.

⁴³ En prólogo a la 1ª edición del Manual anterior, en 1990.

Dicho lo anterior, es conveniente en este momento hacer unas reflexiones generales sobre la prueba en el proceso penal a través de sus principios.

Siguiendo a LOPEZ DE BARJA⁴⁴, los principios relacionados con la prueba en el proceso penal son los siguientes:

- Principio de investigación formalizada de la verdad-principio de la verdad material. No vale la verdad material a cualquier precio, respeto de derechos fundamentales, prohibición de la prueba ilícita.

- Principio dispositivo – principio de impulso oficial. En delitos privados, impulso de parte. En los demás, de oficio.

- Principio de defensa. El derecho de defensa abarca el derecho a la audiencia, el derecho a la igualdad de armas, el derecho a la prueba (pertinente), el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a guardar silencio y el derecho a no colaborar.

- Principio de igualdad de armas – el principio de supremacía de la parte acusadora pública. Según el TEDH el principio de igualdad de armas de las partes procesales, es uno de los elementos integrantes del concepto más amplio de proceso equitativo, requiere que a cada parte se le ofrezca la oportunidad razonable de presentar su causa en condiciones que no le coloquen en una desventaja importante con respecto a su adversario (sentencia Ankel c. Suiza de 23 octubre 1996)

- Principio de audiencia o contradicción. Nadie debe ser condenado sin ser oído o, al menos, sin tener la oportunidad de serlo. La contradicción implica que en relación con cualquier resolución o petición de parte contraria, la otra tenga ocasión de ser oída mediante alegaciones, bien interponiendo los recursos correspondientes. Comprende el derecho a la última palabra y el derecho al recurso.

- Principio de presunción de inocencia. Toda persona tiene derecho a ser considerada inocente mientras no se acredite su culpabilidad.

- Principio *in dubio pro reo*.

- Principio de concentración o de unidad de acto.

- Principio de inmediación. El juez que va a juzgar debe ver y oír por si mismo, de forma directa la prueba respecto a los hechos. Implica, básicamente, que la prueba debe practicarse en el juicio oral, que no cabe dar la prueba por reproducida, que resulta problemática la cuestión de la prueba anticipada, que son muy discutibles los supuestos de las declaraciones mediante video y que son problemáticas las lecturas de las declaraciones de los testigos ausentes o de los testigos de referencia.

- Prueba tasada – libre valoración de la prueba. Actualmente no existen pruebas penales tasadas como en la Edad Media, pero si puede fiscalizarse la estructura racional

⁴⁴Tratado de Derecho Procesal, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 121 y ss.

de la valoración de la prueba, de forma que la libre valoración de la prueba tiene sus límites en esta estructura racional.

- Principio de publicidad – principio de secreto.

En la LECrim, el período de instrucción es secreto para los que no son parte (*ex art. 301*) e incluso puede alcanzar a las partes, en determinadas condiciones (*ex art. 302*), pero el juicio oral es público salvo pena de nulidad (*ex art. 680*), pudiéndose celebrar a puerta cerrada por razones de moralidad, orden público, o respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia.

- Principio de oralidad – principio de escritura.

Según el art. 120.2 CE “*el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*”, si bien se documentará por escrito. La oralidad facilita la inmediación, y la escritura la mediación.

Distinción entre medios de investigación y prueba⁴⁵.

La doctrina procesalista, en general, destaca que la LECrim es clara en cuanto a la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, señalando que los segundos sólo se producen en el plenario ante el Tribunal competente para conocer la causa (*ex art. 741 LECrim*, “*pruebas practicadas en el juicio*”), mientras que serían actos de investigación todos los demás (v.gr. intervenciones telefónicas, diligencia de entrada y registro, análisis clínicos, alcoholemias, etc.).

No obstante, también se estima que existen excepciones a este esquema conceptual ya que se admiten como pruebas algunas que no son practicadas en el plenario, como son **las pruebas preconstituidas** (ante el Juez de Instrucción, entre las que se encuentran las de difícil o imposible reproducción -v.gr. testificales (arts. 448, 449, 718 y 720 LECrim), periciales (art. 479 y 725 LECrim), reconocimiento judicial o inspecciones oculares con hallazgo de vestigios (art. 727 LECrim), cooperación jurisdiccional (art. 719 LECrim) - que se llevan al plenario por la vía de su lectura *ex art. 730 LECrim* y **las anticipadas** (ante el mismo órgano que va a juzgar, v.gr. en el sumario, art. 657.3º LECrim, y en el abreviado, art. 781.1.párrafo 3º LECrim).

También hay que decir que aunque no sean prueba preconstituida porque no se ha practicado ante el Juez de Instrucción, el art. 730 de la LECrim permite reproducir en el juicio mediante su lectura los actos de investigación practicados en el sumario que, por causas independientes a la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. En estos casos, se considera prueba documental.

Distinción entre fuente y medio de prueba.

Como recuerda LOPEZ DE BARJA, la distinción entre fuentes y medios de prueba no se encuentra en la LECrim, tratándose de una distinción de carácter doctrinal,

⁴⁵ Sobre estas cuestiones, véase, entre otros, DIAZ CABIALE, José Antonio, “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, Premio “Poder Judicial”, 1992, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, en especial, págs. 193 a 236 y la amplia bibliografía citada.

siendo las opiniones de los autores disconformes al respecto, principalmente en cuanto al concepto de fuentes de prueba.

Se entiende como fuente de prueba a la persona o cosa que permita probar un hecho. Así, por ejemplo, la persona que ha presenciado un hecho o el documento en el que se ha plasmado una obligación jurídica.

Esas fuentes de prueba se incorporan al proceso mediante los medios de prueba. Así, por ejemplo, la testifical o la documental.

Los medios de prueba permiten que puedan ser apreciadas por los sentidos las fuentes de prueba, que son las que permitirán probar el hecho de que se trata.

Clases de medios de prueba

La doctrina procesalista distingue tradicionalmente entre medios de prueba personales y reales.

Los personales van referidos a las personas y se concretan en la declaración del acusado, la testifical y la pericial.

Los reales van referidos a las cosas y se concretan en la inspección ocular y los documentos.

Prueba directa y prueba indiciaria⁴⁶

Se considera prueba directa las llamadas primarias, entre las que se encuentran la confesión, la testifical, la documental y la inspección ocular.

Se denomina prueba indiciaria la que se obtiene por presunciones o indicios, según la cual se induce un hecho a partir de otro hecho básico en virtud de una relación de inferencia apoyada en criterios de racionalidad⁴⁷.

⁴⁶ Véase CLIMENT DURAN, C. *La prueba penal...* ob.cit.

⁴⁷ La jurisprudencia de la Sala Segunda del TS se ha esforzado en señalar los requisitos de la prueba indiciaria para que ésta tenga validez. Así, entre otros muchos, véase Auto 1671/2007, de fecha 18 de octubre, nº de recurso 1195/2007 (Martínez Arrieta), que afirma lo siguiente: “Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 3-3-2006, de todos es conocido cómo la prueba de indicios, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones, que de todas estas formas es llamada, tiene validez como prueba de cargo en el proceso penal y, por tanto, ha de considerarse apta para enervar la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución española. Así lo proclama el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias en la materia, las 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre, y desde entonces tanto dicho Tribunal como esta Sala lo venimos proclamando con reiteración, al tiempo que exigimos la concurrencia de unos elementos que son necesarios para la correcta aplicación de esta clase de prueba (véase la sentencia de esta Sala de 3.5.99 y las que en ella se citan), elementos que, simplificando la materia, podemos reducir a dos: Primer elemento: Han de existir unos hechos básicos completamente acreditados, que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que, ordinariamente, de ella (de esa pluralidad) depende la capacidad de convicción de esta clase de prueba. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como indicios, han de estar completamente acreditados (art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Segundo elemento: Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, como dice el citado 386.1 LEC, es decir, ha de haber una

La prueba pericial es de difícil clasificación entre estos dos conceptos, ya que proporciona al Tribunal las máximas de experiencia que es incapaz de conocer por carecer de conocimientos científicos, técnicos o artísticos para ello (cfr. art. 456 LECrim) y puede ser considerada prueba directa cuando es incontrovertible o científicamente inobjetable el razonamiento pericial o recibir el calificativo de prueba indicaria cuando formula juicios de inferencia.

Atendido lo anterior, puede decirse que la Policía Científica, desde el inicio de sus actuaciones, bien incoado ya un procedimiento judicial, bien en diligencias preprocesales (cfr. art. 20 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de Policía judicial) genera actos de investigación que pueden convertirse en auténticas pruebas por su difícil o imposible reproducción, tales como la toma de vestigios o muestras (véase arts. 282 y 785 LECrim).

De ahí que la distinción conceptual entre actos de investigación y prueba si bien es válida en teoría, desde la práctica se observan supuestos en los que se confunden ambos conceptos, como el de la toma de muestras o vestigios, en los que la jurisprudencia tanto del TS como del TCo. v.gr. en materia de delitos medioambientales ha salvado de su ineficacia probatoria, a pesar de no haberse obtenido bajo los principios clásicos de la prueba penal, es decir, fundamentalmente, el de contradicción y presencia judicial⁴⁸.

Por otra parte, se puede observar que la Policía Científica, aunque aparentemente su aportación al proceso penal se verifica a través del medio de prueba personal llamado pericial⁴⁹, también puede comparecer en concepto de testigo⁵⁰ y sus actuaciones, v.gr. toma de vestigios o muestras, desembocan en medio real probatorio cual es el derivado de la inspección ocular⁵¹.

En su faceta de pericial, la exigencia de dos peritos en el sumario establecida en el art. 459 de la LECrim, se ha atemperado por la jurisprudencia cuando se trata de Policía Científica o periciales elaboradas por Laboratorios oficiales. Así, es importante recordar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal

conexión tal entre unos y otros hechos que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba. Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos y que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no puede quedar probado.

⁴⁸ Véase nuestro estudio publicado en el diario La Ley nº 6667 de 8 marzo 2007.

⁴⁹ Regulado en los arts. 456 a 485 LECrim, en la fase sumarial del procedimiento ordinario y en los arts. 769 a 772, 777 y 778, en la fase de instrucción del procedimiento abreviado, en los arts. 723 a 725 en el plenario del procedimiento ordinario y art. 788.2 en el procedimiento abreviado.

⁵⁰ Regulado en los arts. 410 a 455 en la fase sumarial del procedimiento ordinario y arts. 701 a 722 en la fase de plenario.

⁵¹ Regulada en los arts. 326 y ss. LECrim para el sumario del procedimiento ordinario y en el art. 762 para las especialidades del procedimiento abreviado.

Supremo de fecha 21 de mayo de 1999, según el cual se interpreta que la exigencia de una duplicidad de peritos en el procedimiento ordinario se rellena con su realización por un laboratorio oficial cuando éste se integre por un equipo y se refiere a criterios analíticos. Acuerdo que fue precedido por la jurisprudencia anterior (véase SSTS 2-2-1994, 18-12-1997, y 29-12-1997) y seguido por la posterior (SSTS 10-6-1999, 16-7-2001 y 3-12-2002)⁵².

En cualquier caso la duplicidad de firmantes no es esencial (STS -2ª- 779/2004, de 15 junio y 1070/2004, de 24 septiembre) y no debe confundirse informe emitido por dos peritos con un doble informe pericial, y el hecho de que actúe un solo perito de los dos firmantes no impide la valoración de la prueba así practicada (STS -2ª- 161/04, de 9 febrero). La intervención de un único perito no afecta a la tutela judicial efectiva si no produce indefensión, de manera que habrá de ser la parte quien argumente y razone que la irregularidad que aduce ha quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho en que consiste la indefensión⁵³.

Desde otra perspectiva, en determinados supuestos, la prueba policial se le considera prueba documental⁵⁴.

Si bien hemos dicho que la prueba policial debe practicarse en el plenario, es posible que se practique como prueba anticipada a propuesta de las partes en sus escritos de conclusiones si se temiera por cualquier causa que no va a poder practicarse en el juicio oral, o que puede motivar su suspensión⁵⁵.

En el procedimiento ordinario, excepcionalmente, la prueba policial también puede practicarse a instancias del Tribunal de oficio al amparo del art. 729.2 LECrim que permite la práctica de cualquier diligencia de prueba no propuesta por ninguna de las partes en sus escritos de conclusiones que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

En el procedimiento abreviado, el art. 785 de la LECrim permite que cualquier proposición de prueba puede realizarse por las partes al inicio de las sesiones del juicio oral, aunque no se haya solicitado en el escrito de conclusiones.

La aportación de la prueba policial al proceso también puede considerarse como prueba directa (cuando lo hace como testigo), como prueba indiciaria (cuando elabora juicios de inferencia en sus informes periciales) o como prueba pericial (si argumenta sin juicios de inferencia).

⁵²Vide IÑIGO CORROZA, E. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 251.

⁵³ Como recuerda mi compañera Olga SÁNCHEZ en su trabajo inédito “La Fiscalía y las comparecencias de los peritos policiales” (2008).

⁵⁴ Recuérdese que en el procedimiento abreviado, el art. 788 *in fine* de la LECrim, introducido por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, indica que “*En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias stupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas*”.

⁵⁵ Conforme a los arts. 657.3º y 659.3 de la LECrim, para el procedimiento ordinario, y arts. 781.1 inciso 2º y 784.2 en relación con el art. 467 para el procedimiento abreviado.

Por lo que respecta al *iter procesal*, la policía científica desarrolla su *rol* en fases preprocesales, cuales son las investigaciones policiales previas a la apertura de cualquier proceso judicial, que deben estar dirigidas por el Ministerio Fiscal⁵⁶, durante la instrucción judicial⁵⁷, en la fase del plenario⁵⁸ y, en algunos casos, también durante la ejecución⁵⁹.

Dado que la Policía Científica puede expresarse a través de varios medios probatorios, como son la testifical, la pericial, la documental o la inspección ocular, hemos preferido emplear el término prueba policial para referirnos a ella en orden a la evolución que ha tenido su valoración, desde la consideración de una simple denuncia a su otorgamiento de casi pleno valor probatorio.

Veamos los supuestos.

Las actuaciones policiales, entre las que se puede enmarcar las de la Policía Científica, como parte integrante de lo que la LECrim denomina Policía Judicial⁶⁰, se plasman en el atestado. Recuérdese que el art. 11.1 de la L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado atribuye a la policía junto a la función de investigar delitos y asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito la de “(...) *elaborar los informes técnicos y periciales pertinentes*”.

Sobre ellos, el art. 297 de la LECrim dice que *“Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias a los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales⁶¹ en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”⁶²*

⁵⁶ Véase art. 20 RD 769/1987, de 19 de junio, de Policía Judicial, y reciente Instrucción FGE nº 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía judicial.

⁵⁷ En especial, téngase en cuenta para el sumario, arts. 282 a 298 de la LECrim, y en el procedimiento abreviado, el art. 769 a 773.

⁵⁸ Véanse para el procedimiento ordinario, todos de la LECrim, arts. 701 a 722 (examen de testigos), arts. 723 a 725 (examen pericial), arts. 726 y 727 (prueba documental e inspección ocular), arts. 728 a 731 bis (disposiciones comunes) y en el procedimiento abreviado, arts. 785 a 789.

⁵⁹ En supuestos excepcionales, como los que motivan la revisión de condenas firmes al surgir nuevos elementos de prueba que evidencien la inocencia del condenado (cfr. art. 954.4 LECrim).

⁶⁰ Recuérdese que el art. 282 de la LECrim señala que: *“La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolas a disposición de la Autoridad judicial. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”*.

⁶¹ En concordancia con el art. 717 LECrim. La STS -2ª- nº 69/2005, de 21 enero (Berdugo) afirma que *“En este orden de cosas, conviene recordar que los miembros de la Policía o de los distintos Cuerpos de Seguridad, cuando disponen en el acto del juicio oral sobre datos de hecho que conocen de ciencia propia y han visto o percibido con sus propios ojos, los hace testigos hábiles y su testimonio constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Una constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, su hermenéutica de los arts. 297.2º y 717 LECrim. ha venido*

Sobre el atestado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha indicado que puede admitirse *"un cierto valor de prueba a tales actuaciones policiales en las que concurran, entre otros, los siguientes requisitos: en primer lugar, tener por objeto la mera constatación de datos objetivos, como fotografías, croquis, resultados de pruebas alcoholométricas, etc.; en segundo término, ser irrepetibles en el juicio oral; y, por último, que sean ratificadas en el juicio oral, no bastando con su mera reproducción, o bien que sean complementadas en el mismo juicio oral con la declaración del policía, como testigo de referencia, que intervino en el atestado"* (S.S.T.C. 303/93, 51/95 y 153/97).

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS ha dado valor probatorio a algunas partes del atestado. Exponiendo la doctrina del Supremo sobre el particular, entre otras sentencias, la nº 1454/2004, de 1 diciembre (Berdugo), la resume en los siguientes términos:

"En principio, solamente pueden ser consideradas pruebas válidas a estos efectos las obtenidas con estricto respeto a los derechos fundamentales y practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad. Ello no obstante, deben considerarse excepción a esta doctrina general los supuestos de la llamada prueba sumarial preconstituida y anticipada practicada con intervención judicial, con posibilidad de contradicción e introducción en el juicio oral -art. 730 LECrim. Los atestados policiales, como es igualmente sabido, en principio solamente tienen el valor de denuncia (STS 952/1998).

"Los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio a través de auténticos medios probatorios, con independencia del valor de prueba preconstituida que se ha reconocido a determinadas diligencias policiales (croquis, fotografías, resultado de pruebas alcoholométricas etc), en atención a la función aseguradora del cuerpo del delito impuesta a la Policía Judicial (STC 303/1993). En esta línea, se dice en la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1995 , que las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los Funcionarios de Policía mediante su testimonio en juicio oral (STC 51/1995).

Por su parte la doctrina científica ha manifestado que la naturaleza jurídica del atestado policial es de carácter administrativo, aunque adopte la forma típicamente procesal, debiéndose considerar como un documento procesal toda vez que el correspondiente proceso no se ha iniciado.

declarando (ssTS. 3.6.92, 29.3.93, 11.3, 7.5, 5.11.94, 12.5 y 6.11.95 y 26.1.96) que las declaraciones testimoniales de los Agentes en el juicio oral con garantías de publicidad, oralidad, contradicción efectiva de las partes e inmediación del Tribunal, puede estimarse prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia (sTS. 12.11.96".

⁶² Recuérdese lo ya dicho sobre el art. 14 del RD 769/87, de 19 de junio, que califica de especial consideración las diligencias policiales derivadas de la condición de comisionados de jueces, tribunales y fiscales por parte de los policías que las practican (también, en cuanto a comisionados, art. 34.2 LOFCS).

En cuanto al valor procesal del mismo a tenor con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim, el atestado policial incorporado a las actuaciones judiciales, en el momento del juicio oral, será apreciado por el juzgador según su conciencia, debiendo ser reproducidas las diligencias a presencia judicial para que puedan incorporarse al proceso. En este sentido el Tribunal Constitucional tiene declarado STC 100/1985, que el atestado policial tiene valor de denuncia y no de prueba, y para que se convierta en autentico elemento probatorio es el proceso no basta con que se de por reproducido en el acto del juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial.

Por su parte el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de enero de 1987, ha venido a concretar el auténtico valor que los Tribunales pueden otorgar al atestado en los siguientes términos:

“El artículo 297 de la LECrim. dispone que los atestados formados por la Policía Judicial y las manifestaciones que en los miembros de ella hicieren serán considerados como denuncias a los efectos legales, precepto que si en lo que se refiere a las manifestaciones tiene su complemento en el art. 717 de la LECrim. en lo que respecta a los atestados y su contenido resulta anticuado y anacrónico, dado que dentro de dichos atestados se encuentran diligencias que por su naturaleza objetiva no es posible desdeñar y, por otra parte, la Policía actual dispone de medios de investigación sumamente perfeccionados y que no es posible, ni siquiera congruente, minusvalorar”.

Es decir, como regla general, al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en si mismas de valor probatorio alguno, aún cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse (ocupación de armas, drogas o efectos de un delito, por ejemplo) deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho, como lo es la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación (ss.TS. 64/2000, 756/2000, 193/2001 y sTC. 303/93).

Por su parte la sTS. 10/2002 de 17.1 nos recuerda la doctrina de la sTS. 17.6.99 en orden a que es claro que la policía judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en la Ley procesal. Cuestión distinta es la valoración que desde los órganos jurisdiccionales deba darse o las diligencias de investigación contenidas en el atestado y a ellos se refiere la sentencia de esta Sala de 14.4.97 que niega a la recogida de efectos de la policía, la naturaleza de prueba.

Así cuando esta sentencia refiere que “tal validez como prueba preconstituida solo la puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia ... u otra razón que no permite acudir al Juez para que éste actúe” está reiterando el sentido de la Ley procesal como actividad probatoria, según el cual solo las actuaciones practicadas en sede judicial y por el Juez pueden ser consideradas como actividad probatoria, resumiendo los restantes requisitos previstos por la Ley, pero esa doctrina que resulta de la Ley no afecta a los actos de investigación de delitos que la policía puede, y debe realizar para preparar el enjuiciamiento de unos hechos que

indiciariamente revisten caracteres de delitos y que requieren la realización de prueba para su declaración como hechos delictivos. Y en este supuesto, cabe acudir al acto del juicio oral, dando testimonio, con la debida contradicción procesal, de aquellos efectos hallados en las pericias técnicas y reconocimientos policiales, para que puedan tener el oportuno efecto probatorio”.

En conclusión, cuando la Policía judicial actúa con urgencia legalmente en sus funciones de aseguramiento del cuerpo del delito (cfr., arts. 282 y 771 LECrim), levantando diligencias tales como croquis, fotografías, resultado de pruebas alcoholométricas, el valor de estas diligencias es equiparable al de las pruebas preconstituídas y no de simple denuncia, aunque es precisa su ratificación en el juicio oral por los agentes intervinientes así como en la recogida de efectos.

Esa ratificación se hace en concepto de prueba testifical, por lo que la policía se somete a las reglas de esta prueba en el plenario, previstas en los arts. 701 a 722 de la LECrim.

Pero, como se ha dado por ejemplo en materia de los delitos contra la salud pública, la prueba policial no se agota con la pericial-testifical sino que también puede ser considerada documental, por lo que habrá de estarse a la normativa de la LECrim sobre ésta (cfr. arts. 726 y 727).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materias como los rastreos informáticos policiales, las periciales de inteligencia⁶³, la propia de los laboratorios oficiales en materia de droga y la de los delitos medioambientales permite afirmar que la prueba policial no puede ser valorada sin tener en cuenta sus especiales características en relación con otros tipos de prueba.

2.- LA PRUEBA DE ADN COMO PARADIGMA DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS: BREVE REFERENCIA A SU MARCO LEGAL Y PROBLEMÁTICA.

En el libro, que tuve el honor de coordinar, titulado *La prueba pericial científica*⁶⁴ y en otros trabajos míos⁶⁵ resaltaba que las pruebas científicas suponen el fin de un ciclo de técnicas probatorias que, desde hace varias décadas, está cerrando el paso a los errores pero que, a su vez, abren nuevos interrogantes. La superación de pruebas prohibidas o ilícitas, como la tortura, que rigió nuestro proceso penal durante siglos para obtener la prueba reina del proceso, como era la confesión, debe mucho a las pruebas científicas.

⁶³ Véase F.J. 4º STS -2ª- 783/2007, de 1 octubre (Sánchez Melgar)

⁶⁴ Editado por Edisofer, S.L., Madrid, 2012. 437 páginas. Esta publicación fue el fruto de un proyecto de investigación desarrollado en el Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá de Henares) entre los años 2009 a 2011, en los que participaron representantes de la Comisaría General de Policía Científica (Miguel Ángel Santano Soria y José Miguel Otero Soriano), del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (José Martínez García y Nicomedes Expósito), del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Antonio Gómez García) y de la Universidad (Carmen Figueroa Navarro y Silvia ValmañaOchaita) además de los colaboradores que se citan en la obra.

⁶⁵ Véase *in fine* bibliografía del autor, a la que me remito.

La importancia de la prueba de ADN ha ido *in crescendo* desde que en 1985 fuera utilizada por primera vez en un proceso penal en Inglaterra por el genetista AlecJeffreys para la identificación del acusado en el caso conocido *Enderby*—asunto *Queen vs. Pitchfork*— por dos violaciones y un asesinato, que determinaron la libertad del principal sospechoso Richard Buckland, de 17 años de edad, a pesar de haber confesado los hechos, por no corresponderse genéticamente las muestras de semen halladas en ambas víctimas, las cuales procedían de un mismo sujeto, con las muestras de sangre obtenidas a Buckland.

Desde entonces, la eclosión de estas pruebas se ha revelado de una gran eficacia en la investigación penal para el esclarecimiento de la participación de un sujeto en un hecho delictivo⁶⁶, sustentando no sólo condenas sino, lo que es más importante, absoluciones e incluso revisiones penales de condenas firmes (*cf.* SSTS -2ª- 792/2009, de 16 julio y 1013/2012, de 12 diciembre), a pesar de haber sido dictadas estas en el caso citado con pruebas de cargo contundentes como el reconocimiento sin dudas de la víctima o como ocurrió en el primer caso en que se utilizó esta prueba en 1985, según se ha indicado *supra*, con la conformidad del propio acusado.

El derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en los textos internacionales⁶⁷ y en el art. 24.2 CE, obliga a examinar cualquier aspecto que afecte al proceso desde esta perspectiva garantista⁶⁸, en la que la intangibilidad de los derechos fundamentales del acusado debe mantenerse al ser éste un componente esencial del

⁶⁶ Como lo demuestran las estadísticas proporcionadas por el Ministerio del Interior al indicarnos que la Base de Datos de ADN en sus primeros tres años de andadura guardaba información genética de 183.000 personas y ha contribuido a resolver 7.500 violaciones, robos y homicidios. Lamentablemente, desde la STS -2ª- 685/2010, de 7 julio (Marchena) las inscripciones en la base de datos han ido en decrecimiento en un 48 %, alcanzando sólo unos 200.000 perfiles inscritos, mientras que las reseñas genéticas a detenidos han caído en un 70 %, lo que la hace bastante ineficaz porque una base de datos sin inscripciones lógicamente es inoperativa. El Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 24 septiembre 2014, como veremos después, ha sido el jaque mate a esta base de datos.

⁶⁷ Cfr. art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 diciembre 1966 (ratificado en 27 abril 1977 –BOE nº 103, de 30 abril 1977).

⁶⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 8ª edición, 2006. Si bien en la sesuda y válida obra de Ferrajoli se acusa extrañamente la ausencia de una profunda reflexión sobre la noción de garantismo penal y sus límites en función a la protección de los derechos fundamentales de las víctimas o, dicho de otro modo, el garantismo penal sólo se construye con la visión parcial en la que ha caído la ciencia penal desde hace más dos siglos, teniendo en cuenta sólo los derechos de los infractores penales y olvidando a las víctimas. Somos conscientes que escribir sobre garantías de los acusados haciendo ver las limitaciones derivadas de la protección a las víctimas es hoy trabajo arduo e ir contracorriente. Lo fácil es predicar en pro de la asistencia letrada del investigado desde el inicio de las investigaciones penales, olvidando la alabada Exposición de Motivos de nuestra liberal LECrim de 1882 cuando Alonso Martínez decía: “*Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro, desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor*”. Véase Aguilera de Paz, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, con prólogo de Trinitario Ruiz y Valarino, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1912.

núcleo de cualquier proceso penal de un Estado democrático de derecho, sin que ello suponga desvirtuar una de las finalidades más importantes del proceso, cual es la protección de la víctimas⁶⁹, las cuales delegaron en el Estado el ejercicio del *iuspuniendi*, precisamente en un salto cualitativo del estado de nuestra civilización para evitar los horrores de la venganza privada⁷⁰.

Ahora bien, la protección, defensa y garantía de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal debe realizarse desde una previa delimitación conceptual de estos derechos, de su contenido y de su regulación normativa⁷¹, ya que sin esta elemental clarificación metodológica, nos encontraremos en el magma de la confusión, terreno abonado para extraer conclusiones erróneas que pueden llegar a inhabilitar uno de los fines más importantes del propio proceso penal en un Estado de derecho cual es, en definitiva, la protección de las víctimas⁷².

El ADN (Acido Desorribonucleico) es una molécula que se encuentra en cada célula de nuestro cuerpo, conteniendo toda la información genética necesaria para el funcionamiento de nuestro organismo. Su estructura fue descifrada por dos jóvenes científicos, el inglés Francis Harry Compton Crick y el estadounidense James Dewey Watson en 1953, descubriendo que el ADN conforma nuestro código genético, determinando las características de los individuos y nuestra identificación como seres únicos e irrepetibles así como nuestro patrimonio biológico.

Por otra parte, casos como los del 11-S en USA o el 11-M en nuestro país, por citar dos de los atentados terroristas más significativos de nuestra reciente historia, han tenido en la prueba de ADN un instrumento esencial para la identificación no sólo de los sospechosos sino también de las víctimas y desaparecidos.

Ahora bien, la valoración de las pruebas científicas no puede hacerse correctamente sin tener en cuenta que su validez depende de factores muy importantes como son el seguimiento de los protocolos científicos en la obtención de las muestras, en su conservación y en los análisis que sólo laboratorios debidamente acreditados deben de hacer.

⁶⁹ Sobre proceso penal, garantías y víctimas, véase Fletcher, George P. *Las víctimas ante el jurado*. Editorial Tirant lo blanch, 1997. También, Dolz Lago, M.J. “Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo”, en diario *La Ley* nº 7302, 14 diciembre 2009 y bibliografía allí citada. Estudio que fue objeto de consideración en la reunión de expertos internacionales en ayuda a las víctimas del terrorismo, organizado por Naciones Unidas (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), Bogotá (Colombia), 26 y 27 enero 2011.

⁷⁰ Nuestro clásico Cesare Bonesana. Marqués de Beccaria (1738-1794), sobre este particular, afirmaba en su famosa obra *De los delitos y de las penas* (1764), edición de Alianza editorial (1968), con comentarios de Voltaire y traducción de Juan Antonio de las Casas e introducción de Juan Antonio del Val, pág. 29, lo siguiente: “Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover a los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho”.

⁷¹ Desde esta perspectiva, el derecho de asistencia letrada al detenido si bien unido al derecho de defensa no deja de ser un derecho constitucional de configuración legal –véase art. 17.3 CE–, lo que pone en manos del legislador su regulación, como ha reconocido el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias sobre la temática (cfr. núms. 18/1995, de 24 de enero, [233/1998, de 1 de diciembre](#) y [162/1999, de 27 de septiembre](#)).

⁷² Sobre estas ideas, véase Dolz Lago, MJ, “Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo”, citado.

En España, en el año 2003, se aprobó una norma que encomendaba al Gobierno la regulación de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, encargada de establecer esos protocolos científicos, pero no fue hasta finales del 2008 cuando efectivamente se reguló dicha Comisión a través del RD 1977/2008, de 28 noviembre, cumpliendo el mandato legislativo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre reguladora de la Base de Datos Policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Según la literatura científica, con esta prueba se procede a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles de ADN (Teorema de Bayes), de forma que la no coincidencia permite descartar que la muestra pertenezca al sospechoso mientras que su coincidencia permite, con un altísimo grado de probabilidades, atribuírsela. Es por tanto, una de las pruebas científicas más fiables, siempre y cuando se sigan los protocolos científicos.

A los miembros de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN nos correspondía y corresponde abordar la apasionante tarea de elaborar estos protocolos para la obtención de las muestras, su conservación y análisis en los laboratorios, así como acreditar a éstos, desde un escrupuloso y exquisito respeto a los derechos humanos. De esta labor depende, en gran medida, la eficacia y validez de las famosas pruebas de ADN, las cuales están íntimamente relacionadas con toda la problemática que suscita la genética en el ámbito forense y la protección de los derechos fundamentales.

La prueba de ADN está sometida a los continuos avances científicos y sólo debe ser comprendida en el marco del difícil equilibrio entre la eficacia de la investigación penal y la protección de los derechos humanos.

El marco legal de la prueba penal de ADN⁷³, si bien escaso, ha sido objeto de controvertidas interpretaciones jurisprudenciales, a las que se han sumado las doctrinales, en punto principalmente a los aspectos de la prueba relativos a la toma de muestras biológicas y a la base de datos policial de ADN. Si bien es cierto que la cadena de custodia también es objeto de atención, dada la actual ausencia de regulación legal específica⁷⁴, nos referimos a ella al hilo de la exposición jurisprudencial.

⁷³ Véase Recomendación nº R (92) 1 de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco de justicia penal. Esta Recomendación en su número 4 sobre “obtención de muestras a los fines del análisis de ADN”, **remite al derecho interno** de los estados miembros a la hora de determinar las circunstancias en que se ha de practicar, así como para resolver acerca de la necesidad del consentimiento o no del afectado. No hace referencia alguna a la asistencia letrada. Tampoco, la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y Consejo de fecha 22 octubre 2013 que no hace mención a la asistencia letrada para la obtención de estas pruebas (véase art. 3.3.c) aunque pueda de forma **facultativa** ser consultado un abogado con carácter previo por el detenido para su asesoramiento, en virtud de la disposición genérica recogida en el art. 3.2.a)

⁷⁴ Véase FIGUEROA NAVARRO, Carmen (Directora), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Libros jurídicos, Madrid 2015, libro en el que tuve el honor de colaborar.

A lo largo de esta ponencia, el lector encontrará esas interpretaciones y la posición de la Fiscalía, que, en relación a la toma de muestras biológicas al detenido mediante frotis bucal con su consentimiento, no ha compartido el criterio de la Sala 2ª TS en cuanto a la obligatoriedad de la asistencia letrada⁷⁵.

Básicamente, porque la legislación vigente no lo exigía en su momento y porque no quedaba afectado ningún derecho fundamental, siendo esa toma de muestras sólo un presupuesto para la práctica de una prueba pericial, que netamente no es incriminatoria, en similar configuración a la prueba de alcoholemia. También, por qué no decirlo, ya se atisbaba que la asistencia letrada iba a suponer una caída drástica de reseñas genéticas a los detenidos con el consiguiente vaciamiento de la base de datos policial de ADN hasta el punto de limitar gravemente su operatividad práctica como mecanismo científico en la investigación de los delitos más graves. Tal y como ha terminado por suceder, haciendo más inseguro y frágil nuestro sistema penal para la protección de las víctimas y de la sociedad.

En este breve epígrafe, sólo se expondrá el texto legal vigente sobre la prueba penal de ADN en España, a modo de información para el lector, con objeto de que pueda consultarlo sin necesidad de acudir a otras publicaciones y así facilitar el estudio de la materia. Deben tenerse en cuenta también las normas más específicas sobre esta prueba como son, respectivamente, las relativas a la creación de la base de datos policial de ADN (Ley Orgánica 10/2007) y la de la Comisión Nacional para el Uso Forense de ADN (Real Decreto 1977/2008)

1º) Los arts. 326, último párrafo, 363 último párrafo (sumario) y 778.3º (procedimiento abreviado) de la LECrim, contemplan la toma de muestras biológicas como toma de vestigios en la instrucción penal por el juez o por a quién éste delegue, por la policía judicial o por el médico forense, sin referencias a la asistencia letrada.

Art. 326, último párrafo,

“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 artículo 282”

Art. 363

“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

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,

⁷⁵Véase amplias referencias a esta temática en mis trabajos doctrinales y comentarios jurisprudenciales reseñados en el capítulo de Bibliografías.

reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”

Art. 778.3º

“El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale”

2º)La Disposición adicional tercera (obtención de muestras biológicas) Ley Orgánica 10/2007⁷⁶, dice:

“Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”

3º)El Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN⁷⁷.

Artículo 3. Funciones.

La Comisión Nacional para el uso forense del ADN desempeñará las siguientes funciones: (...)

*c) La elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis*⁷⁸.

d) La nueva redacción del art. 520 LECrim, operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre (BOE 239 del 6), que entró en vigor el 1 noviembre 2015, zanja la polémica de la preceptividad o no de la asistencia letrada, estableciendo la misma al indicar en su apartado 6º, letra c) que la asistencia del abogado consistirá en: *“Informar*

⁷⁶ Esta disposición es el resultado de una enmienda transaccional entre las enmiendas nº 10 y 7 del GP Socialista, que postulaban el texto aprobado y la nº 19 del GP Esquerra, que indicaba que las tomas de muestras siempre se realizarán con autorización judicial, haciéndose eco de los modelos internacionales existentes, que optan entre un modelo policial o judicial en la toma de muestras, sin que haya referencia alguna a la asistencia letrada en uno u otro modelo y no sea tema discutible su innecesariedad. **En el debate parlamentario nadie planteó la necesidad de asistencia letrada para la prestación del consentimiento del detenido.** (Véase Informe de la Comisión en BOCG, Serie A, nº 117-9 de 20 junio 2007).

⁷⁷ BOE 11-12-2008

⁷⁸ El Pleno de la CNUFADN en fecha 29 noviembre 2011 aprobó, por unanimidad, un formulario de toma de muestras a detenidos e imputados en el que se recoge la necesaria asistencia letrada. Mi voto sólo se fundó en la prudencia y no en el convencimiento de que esta asistencia letrada sea necesaria de acuerdo a nuestra legislación vigente en aquel momento.

al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento en la práctica de las diligencias que se soliciten”

e) También, la nueva redacción del art. 520 LECrim ya citada, en el segundo párrafo de la letra c) del apartado 6º, admite la vis coactiva en la toma de muestras biológicas al detenido⁷⁹ ordenada por la autoridad judicial, en los siguientes términos:

“Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a la previsions de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”

f) El nuevo art. 129 bis CP y el ADN de los condenados por delitos graves.

Debemos indicar que la reforma penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, que entró en vigor el día 1 julio, introdujo un nuevo art. 129 bis, en el que se prevé por orden judicial la toma de muestras biológicas para la realización del perfil genético de condenados por delitos graves con riesgo de reiteración delictiva y el posible uso de la vis coactiva para esa toma de muestras⁸⁰.

El nuevo precepto dice lo siguiente:

“Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”

Ello supone que en la base de datos policial de ADN deberá existir una referencia específica a estos condenados, ya que hasta ahora sólo se inscribían perfiles de sospechosos, detenidos o imputados. La reforma viene propiciada por la

⁷⁹ Para el caso de sospechosos e imputados, la norma de cobertura es el art. 363.2 LECrim. que rige desde el año 2003.

⁸⁰ Para el caso de sospechosos e imputados, la norma de cobertura es el art. 363.2 LECrim. que rige desde el año 2003 pero que no todos la interpretan en su sentido genuino, lo que ha provocado la necesidad de clarificar este régimen en la legislación que próximamente entrará en vigor.

incorporación en España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y abuso sexual, de Lanzarote de 25 octubre 2007, ratificado en fecha 22 julio 2010, si bien se extiende a más delitos graves que los contemplados en el Convenio (libertad e indemnidad sexual), como son contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, terrorismo o cualquier delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas. La CNUFADN ya reclamó esta medida, según consta en su Memoria 2009-2010.

Por último, sólo anotar que la Ley 26/2015, de 28 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 180 del 29), que entró en vigor a los veinte días de su publicación, establece en su Disposición final decimoséptima la creación de un registro central de delincuentes sexuales donde se recogerán los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de determinados condenados, en los siguientes términos:

“El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley, las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central de delincuentes sexuales en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, integrándose en el sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en aquél, asegurando en todo caso su confidencialidad. Se formará, al menos, con los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que incluyen la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores. La Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea para facilitar el intercambio de información en este ámbito”

No se sujeta al pronóstico de reincidencia que establece el art. 129 bis CP ya comentado y tampoco se indica que ese Registro formará parte de la actual Base de Datos policial de ADN, lo que deberá tenerse en cuenta para armonizar estos registros.

3.- CONCLUSIONES: LAS PERICIALES DE LOS LABORATORIOS OFICIALES. SU EVOLUCIÓN VALORATIVA.

Como ya indicábamos en la Introducción, el debate internacional sobre la valoración judicial de la prueba científica está abierto desde hace décadas. En Estados Unidos de América, asuntos como el caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* sobre la bondad del medicamento Bendectin en las embarazadas en el año 1993, motivaron que la Corte Suprema estableciera unos criterios acerca de la evidencia científica para admitir dichas pruebas en el proceso⁸¹.

⁸¹ Recuérdese que eran los siguientes: a) la controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba, b) la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada, c) la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review* d) la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría y/o técnica entre los científicos del gremio. IGUARTÚA

En España, todavía no se ha dado ningún pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo sobre estas evidencias, aunque pueden detectarse aproximaciones al mismo, ni el legislador se ha pronunciado al respecto en concreto sobre los criterios de admisibilidad de la prueba científica.

Por ello, al hilo de la valoración probatoria de los informes emitidos por los laboratorios oficiales, cuyo carácter documental se consagró legalmente en el año 2002, tras una trascendental jurisprudencia sobre la materia, se aborda esta reflexión crítica en el obligado marco de las garantías procesales y la eficacia de la investigación.

Recuérdese que La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han analizado la materia de la admisión de la prueba desde la perspectiva del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa *ex* art. 24.2 CE, resaltando la importancia de los requisitos de la pertinencia y necesidad de la prueba para que ésta se admitida pero no entrando en los criterios de admisión de la prueba científica.

Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al analizar el motivo casacional contenido en el art. 850.1º de la LECrim, en concepto de quebrantamiento forma, por haberse denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, sea pertinente, se extiende en estos requisitos de pertinencia y necesidad⁸²

SALAVERRÍA, J. en “Prueba científica y decisión judicial (una anotaciones propedéuticas)”, *La Ley* año XXVIII, núm. 6812, viernes 2 noviembre 2007, recuerda que además estos requisitos para la admisibilidad de la prueba científica se parte de dos premisas, a saber, a) en la ciencia no hay certezas y los científicos buscan nuevas teorías (siempre provisionales) para explicar del mejor modo posible los fenómenos observados y b) la validez científica para un determinado objetivo no implica necesariamente la validez para otros objetivos relacionados con el primero. También este autor recuerda que los criterios de admisibilidad de la prueba científica en USA son el resultado de la búsqueda de unos criterios racionales sobre esta prueba, a la vista del mercado de prueba científica existente en ese país donde no es fácil distinguir los informes dotados de validez científica y la *junkscience* ofrecida por charlatanes y pseudoexpertos, lo que llevó primero a tomar como criterio la *cualificación* profesional del experto, olvidando que, normalmente, el experto declara a favor de quien le paga, después la *general aceptante*, prefiriendo las declaraciones basadas en teorías o métodos que fueran más aceptados entre los científicos de la especialidad, pero que fue criticada por su carácter conservador, ya que puede haber teorías y técnicas científicas que no gozan de la aceptación general porque son nuevas y todavía no han sido suficientemente difundidas, hasta llegar en 1993 a las reglas derivadas del caso *Daubert*.

⁸² Entre otras muchas resoluciones, el Auto 1129/2007 (recurso 587/2007), de 21 junio (Andrés Ibáñez) sintetiza la cuestión en estos términos: “Respecto a este motivo de casación la Jurisprudencia ha ido conformando un sólido cuerpo de doctrina caracterizado por la exigencia de los siguientes presupuestos: a) formal: que el medio se haya propuesto en tiempo y forma (STS 1307/1997 de 13 de febrero; 1616/2005 de 7 de diciembre y las de 02-07-2004 y 27-11-2000 Y, como dijo la primera de éstas “En forma estarán pedidas las pruebas que se ajusten a las reglas procesales, exigiendo el art. 656 de la LECrim los datos identificativos de ... peritos”; b) pertinencia por lo que el recurrente ha de demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas (STS 104/2002 de 29 de enero) o que tenga relación con lo que es objeto del juicio y constituya «themadecidendi» (STS 1341/2000 de 20 de noviembre); c) necesidad del medio denegado. Se alude con ello a que el medio denegado sea fundamental e imprescindible para la formación de la convicción del juzgador, (STS 104/2002 de 29 de enero) Por ello, por prescindirse del medio denegado se derivó indefensión. (STS 1341/ 2000 de 20 de noviembre) Este requisito se ha equiparado también a la ausencia de redundancia (STS 74/2007 de 26 de enero); d) relevancia. De tal manera que su denegación sea capaz de causar lesión en los derechos del recurrente quien debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso «a quo» podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (STS 1341/2000 de 20 de noviembre; 104/2002 de 29 de enero y 1230/2006 de 1 de diciembre); e) que no haya devenido de práctica imposible (STS 1616/2005 de 7 de diciembre) o, como

En un anterior trabajo nuestro⁸³, al hilo del análisis de la aportación científico-policial al proceso penal decía que esta aportación está rompiendo los esquemas decimonónicos de la prueba penal⁸⁴, tal y como viene diseñada en nuestra vetusta LECrim de 1882 y exigiendo reformas legislativas para adaptarla a la realidad de los tiempos presentes.

Estas reformas legislativas no pueden hacerse en el vacío. Sólo desde una seria reflexión dogmática de la Teoría general de la prueba penal y del Derecho Procesal sobre principios tan importantes como el de presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a los medios de prueba pertinentes, el derecho al proceso con las debidas garantías y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*) así como el sistema de libre de valoración de prueba⁸⁵ (*ex art. 741 LECrim*), cabe afrontar el estudio del valor probatorio de los informes emitidos por los laboratorios oficiales, cuya exégesis se ha debatido entre la prueba pericial y la documental, desde una concepción confusa de lo que son realmente ambas pruebas, siendo tal vez *untertiumgenus* de ambas categorías probatorias, en su calidad de prueba científica⁸⁶.

GOLDSCHMIDT, J⁸⁷. al tratar las aportaciones de prueba, entendidas como los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación del hecho, señala que *“Si el juez se informa de oficio, como p.ej. en el caso del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no hay que hablar de prueba o medios de prueba, sino de información y medios de cognición, porque la prueba siempre supone una materia a probar, a saber: la afirmación de la partes interesada, mientras que una*

decía la sentencia 1387/1997 de 13 de febrero, que la práctica de la prueba sea posible y no se hayan agotado las diligencias para conseguir su realización efectiva, o, como se dice en la STS 74/2007 de 26 de enero que sea posible, en cuanto pueda practicarse en términos de racionalidad, sin tener que superar extraordinarias dificultades procesales; f) que la denegación, como recuerda la STS 74/2007 de 26 de enero, que recuerda la del TC 1/2004 de 14 de enero, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial; g) Y que se haya formulado la oportuna protesta (STS 27-4-07)”.

⁸³ “La aportación ...” ob. cit.

⁸⁴ Sobre la prueba penal, ver el clásico MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado ...ob. cit.*

⁸⁵ Obsérvese cómo la más cualificada doctrina procesal internacional en materia de prueba, TARRUFO, *La prueba...* ob. cit., ante la prueba científica afirma que *“la solución consistente en decir que la valoración del perito y las pruebas científicas es discrecional para el juez suena como una solución muy deficiente”* (...) *“no es suficiente confiar sólo en la “libre valoración” del tribunal para garantizar que la buena ciencia se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto de litigio. Lo que se requiere para que las pruebas científicas válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación”*

⁸⁶ Como se ha indicado en la Presentación, el análisis de la prueba científica es de gran actualidad, como lo demuestra el Seminario sobre la prueba científica en materia penal organizado por la Unión Europea en el año 2008, bajo la presidencia de Francia, que reunió a profesionales y expertos europeos, convocados por la Ministra de Justicia francesa, Rachida DATI. Sobre la misma, con amplias referencia bibliográficas de Derecho Comparado, véase TARUFFO, *La prueba...* ob. cit. págs. 277 y ss. El Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales de la Universidad de Alcalá, llevó a cabo este proyecto de investigación sobre esta materia en el que se combina la investigación jurídica y la científica para analizar la fiabilidad de estas pruebas desde el punto de vista científico y su trascendencia en el ámbito jurídico, con el objetivo de plantearse necesarias reformas legislativas sobre esta cuestión, atendiendo a rigurosos planteamientos de dogmática penal y procesal así como de acuerdo con los avances científicos, en el marco de un exquisito respeto a los derechos humanos.

⁸⁷ *Teoría General ...ob. cit.* pág. 131.

actividad oficial del juez nunca puede proponerse otro fin que la averiguación de la verdad". Los informes de los Laboratorios oficiales encajan perfectamente en esta consideración.

Obsérvese que si se contempla el trabajo de estos laboratorios oficiales en calidad de comisionados de Jueces y Tribunales⁸⁸, la perspectiva tendente a dotar de garantías de imparcialidad y objetividad a todo lo realizado por el juez de instrucción, modelo primigenio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se amplía a sus comisionados, por lo que se diluye un elemento esencial de la argumentación judicialista favorable a desproveer de esta imparcialidad y objetividad a los sujetos del proceso que no tengan el carácter de autoridad judicial.

En el proceso penal, los Jueces y Tribunales no actúan sobre el vacío. Todo lo contrario, ellos forman parte del sistema penal asumiendo con exclusividad la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado *ex art.* 117 CE, pero en el mismo sistema penal operan otros agentes institucionales sin los cuales no sería posible su acción.

Así nos encontramos a los Cuerpos funcionariales que forman parte de la Administración de Justicia (v.gr. Secretarios judiciales –cfr. Libro V LOPJ- y de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y de otro personal como son el personal de los Cuerpos de Médicos forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Procesal, de Ayudantes de Laboratorio y otro personal al servicio de la Administración de Justicia –cfr. Libro VI LOPJ-)

También otros agentes institucionales, que ejercen funciones públicas consagradas en la Constitución (v.gr. arts. 104 Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, 124 Ministerio Fiscal y 126 Policía judicial) y en las leyes (v.gr. Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo de FCSE y Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del MF), en terminología legal, “cooperan con la Administración de Justicia” (cfr. Libro VII de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, abarcándose en este libro al Ministerio Fiscal, a los Abogados y Procuradores, a la Policía Judicial y a la representación y defensa del Estado y demás entes públicos).

Para un acertado ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de Jueces y Magistrados, en la que se expresa el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos *ex art.* 24.1 CE, no sólo es imprescindible el trabajo de los demás agentes institucionales del sistema penal sino que ha de reclamarse que este trabajo se realice en “cooperación”, como indica la propia LOPJ –cfr. Libro VII- y –decimos nosotros- en colaboración institucional.

Sobre estas ideas ha incidido la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al referirse a la Policía Judicial, en su calidad de comisionados de jueces y fiscales, como parte

⁸⁸ Aspecto en el que insiste la STS -2ª- 1426/2005, de 13 diciembre (Berdugo), ya citada, cuando se refiere a la Policía Judicial.

integrante del sistema penal de represión de los delitos y otorgarles una presunción de legalidad en sus actuaciones⁸⁹.

Desde estas coordenadas ha de situarse la prueba científica oficial en nuestro proceso penal, que bajo los principios del Estado de Derecho sólo puede concebirse con misma finalidad del propio proceso, es decir, desde un respeto escrupuloso del marco de garantías coadyuvar a la averiguación del delito y descubrimiento del delincuente, parafraseando parcialmente lo dispuesto en el art. 126 CE, en relación con las funciones de la Policía Judicial.

En este marco, si se observa con detalle el *iter* que ha seguido la valoración de los informes periciales emitidos por los Laboratorios oficiales a partir de su inicial encaje legal en el informe pericial⁹⁰, según la LECrim⁹¹, pasando por un mayor reconocimiento jurisprudencial que los ha llevado, en determinados casos, ha dotarles de valor documental⁹² hasta su reconocimiento legal como tales documentos por la reforma legislativa del art. 788.2º 2º párrafo de la LECrim producida en el año 2002⁹³, en el seno del procedimiento abreviado para los informes emitidos sobre sustancias estupefacientes, se puede pensar que estamos en presencia de la evolución de

⁸⁹ Como se ha reiterado recientemente, en la STS -2ª- 4/2010, 28 enero (Martín Pallín) sobre SITEL. Véase un estudio jurisprudencial sobre SITEL en mi trabajo “¿Hacia una jurisprudencia electrónica?... ob. cit.

⁹⁰ Según la STC 33/1992, de 18 marzo, “en la prueba pericial lo que el Perito aporta al juzgador no son los hechos sino sus conocimientos técnicos o artísticos sobre los mismos que puedan resultar necesarios para su correcta apreciación. Así, el art. 456 de la LECrim dice que “el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”.

⁹¹ Recuérdese que en la LECrim de 1882, el informe pericial se regula en el Procedimiento Ordinario en el Libro II (Del sumario) en el Título V (De la comprobación del delito y averiguación del delincuente), Capítulo VII (Del informe pericial), arts. 456 a 485, y en el Libro III (Del Juicio Oral), Título III (De la celebración del juicio oral), Capítulo III (Del modo de practicar la prueba en el juicio oral), Sección 3ª (Del informe pericial), arts. 723 a 725, y sección 5ª (disposiciones comunes) arts. 728 a 731 bis), mientras que en el Procedimiento Abreviado encuentra sus peculiaridades en el Libro IV (De los procedimientos especiales), Título II (Del Procedimiento Abreviado), art. 779, Capítulo II (Preparación del juicio oral), arts. 780 a 784, Capítulo III (Juicio oral), arts. 785 a 787) y en el Capítulo IV (Reglas), arts. 788 y 789, arts. 790 a 793, y en el Título III (Enjuiciamiento rápido), capítulo II (Actuaciones de la Policía Judicial), arts. 795 y 796.6, Capítulo III (Diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia), arts. 797.21 a) informes periciales y 797 bis, Preparación del juicio oral, arts. 800 a 801 y juicio oral, art. 802.

⁹² Línea jurisprudencial que se inició con las SSTS -2º- 21-1-87 y 23-4-87, que distinguían el valor de los informes periciales procedentes de los gabinetes de policía “especialmente si se ratifican”, matizando el valor a tenor de la naturaleza del gabinete del que proceden (SSTS 19-4-88 y 6-7-88). Por su parte, el TCo ya en su ATC 193/1987, de 18 febrero, F.2º, estimó como prueba documental un informe pericial emitido por la Escuela de Medicina Legal indicando que “no puede negarse la condición de documento aportado al proceso y como tal valorable por el Tribunal, teniendo en cuenta que en el proceso penal ni siquiera rige una limitación o sistema de *numerus clausus* para los medios de prueba”. En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional 127/1990 y 24/1991, como recuerdan las SSTS de 5 mayo y 30 noviembre 1995, 23 noviembre y 11 noviembre 1996), que declaran la validez como elemento probatorio de los informes practicados en la fase previa al juicio, basados en conocimientos especializados y que aparezcan documentados en las actuaciones que permitan su valoración y contradicción, sin que sea necesaria la presencia de sus emisores, cuando practicada en trámite de instrucción la pericial, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación tácita, ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o “cuasipericiales” para ser valoradas como verdaderas pruebas, máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial.

⁹³ Mediante Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE del 11), en vigor desde 12 diciembre 2002.

un proceso valorativo de la prueba oficial-científica, cuyas primeras etapas ya se han recorrido⁹⁴, pero que todavía le queda por recorrer un camino importante en cuyo final se llegue a dotar a estas pruebas de un valor más significativo, tal y como les corresponde conforme a su naturaleza oficial-científica. Se puede decir que en esta evolución se detecta cómo el criterio racional siempre ha tenido un largo y difícil recorrido histórico⁹⁵.

El reto jurídico es determinar a través de que instrumentos probatorios, de los conocidos o por establecer⁹⁶, ya que no existe un *numerus clausus* en el catálogo de pruebas penales, se deben articular estas pruebas para que, naturalmente, surtan sus efectos en el proceso penal, con respeto a las garantías procesales establecidas en la CE, entre las que destaca el principio de presunción de inocencia (*ex art. 24.2 CE*) y en el marco del sistema de libre valoración de la prueba (*ex art. 741 LECrim*), de forma que, en el aspecto sustantivo, sin ser consideradas pruebas tasadas⁹⁷, sus conclusiones tengan

⁹⁴ Gracias a la razonable jurisprudencia de la Sala 2ª del TS, que se detallará después, y doctrina de la FGE (Instrucción 9/1991 e Instrucción 7/2004, de 26 noviembre), frente a las iniciales críticas doctrinales al nuevo precepto, como las de LOPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, La conversión..., *ob. cit.*, que llegan a calificar de inconstitucional el párrafo segundo del art. 788.2, del la LECrim por estimar indisponibles los derechos procesales fundamentales y vulnerar los principios de inmediación, oralidad y contradicción de la prueba afectando al derecho de defensa, a los medios de prueba y al proceso con las debidas garantías (*ex arts. 24 y 120.2 CE*), considerando que “*la mutación de ciertas pericias en documentos es el primer paso para una vuelta atrás: la pérdida de importancia del juicio oral frente a los actos de investigación...precisamente la situación tan denostada por Alonso Martínez en la exposición de motivos a la LECr de 1882, que sólo logró alterarse tras la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE, y la decidida actuación del TS*”. Desde aquella crítica hasta la actualidad, s.e.u.o. involuntario, no nos consta que se haya presentado cuestión de inconstitucional alguna ante el Tribunal Constitucional sobre este precepto. Con anterioridad a la reforma, en la misma línea crítica pero en contra de la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS sobre la valoración como documento de las periciales emitidas por Laboratorios oficiales, se mostraba el entonces fiscal MARCHENA GÓMEZ, M, 1995. Este mismo autor, hoy Magistrado de la Sala 2ª del TS en STS – 2ª- nº 576/2008, de 24-9-2008, sobre esta cuestión asumiendo el valor documental de estas periciales, afirma: “*El legislador no ha sido ajeno al debate jurisprudencial sobre esta materia. De hecho, en la reforma operada por la LO 8/2002, 10 de 30 de diciembre, se dio nueva redacción al art. 788.2 de la LECrim. Conforme al mismo, en el ámbito del procedimiento abreviado, "...tendrán carácter documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas". Es cierto que este precepto no está exento de dificultades. Si bien se mira, el legislador transmuta el significado procesal de la prueba pericial, convirtiendo ésta en una prueba documental a los efectos de su valoración probatoria. Sea como fuere, esa singular metamorfosis conceptual, al margen de las censuras dogmáticas que pueda sugerir, encierra un mandato legislativo plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa*”. También se muestran críticos con esta mutación de la prueba pericial a documental, PEDRAZ PENALVA, “Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal. Especial consideración a la pericia psiquiátrica”, RDP 1994, núm. 2, págs. 389-514 y SEQUEROS SAZATORNIL, F, Los protocolos..., *ob. cit.*

⁹⁵ En este sentido, Isaac ASIMOV decía que “*El aspecto más triste de la vida actual es que la ciencia gana en conocimiento más rápidamente que la sociedad en sabiduría*”.

⁹⁶ Pericial o documental se han revelado insuficientes para caracterizar a este medio probatorio. Véase *Infra* reflexiones críticas sobre la prueba pericial y la documental.

⁹⁷ Sobre este particular, en relación con una prueba grafológica, la STS -2ª- de 15 octubre 1990 (Martín Pallín) afirma: “*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 y sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces...*”. De ahí, que no se comparta la conclusión que se observa en el trabajo de GASCÓN ABELLÁN, Marina, LUCENA MOLINA, José Juan y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, “Razones científico jurídicas...”, *ob. cit.*, cuando afirman que “*La atribución a los informes periciales del carácter de prueba documental supone una recuperación del esquema valorativo de la*

una significativa valoración para el juzgador en función a su racionalidad⁹⁸, la cual, en último caso, debe prevalecer frente a cualquier otro criterio hermenéutico, dado que esta racionalidad se erige, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como el canon dirimente o decisorio de la crítica analítica a que se ve sometida toda prueba tanto en orden a su naturaleza *sui generis* cuanto al esquema estructural seguido en la ponderación de la misma⁹⁹, mientras que en el aspecto adjetivo, puedan adquirir el valor de documento, que permita su consulta directa por el Tribunal sin necesidad de ser ratificadas en el juicio oral.

Como recuerda la doctrina¹⁰⁰, la naturaleza jurídica de la prueba pericial es objeto de polémica. Unos la sitúan como un medio de prueba más, otros como auxiliares del juez y otros, desde posiciones eclécticas, como unos auxiliares del juez que le ofrecen conocimientos técnicos¹⁰¹. Sin duda, la aportación de conocimientos artísticos, científicos o técnicos al juez debe ser el dato esencial de esta prueba.

prueba legal, y en consecuencia se estaría violentando el principio de libre valoración, que no es más que un trivial principio metodológico negativo consistente en el rechazo de cualquier valoración predeterminada de las pruebas". Téngase en cuenta que el carácter de prueba documental no lleva implícito el de prueba legal o tasada, debiéndose valorar esta prueba también bajo el mismo principio valorativo de libre valoración, que no será tal si se funda en la arbitrariedad, ya sea sobre una prueba pericial o sobre una documental. De donde se deduce que lo importante es el mantenimiento de este principio y no la naturaleza pericial o documental de la prueba.

⁹⁸ Recuérdese que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es pacífica en dotar de carácter de documento que evidencie un error de hecho en la valoración de la prueba, a los efectos del recurso de casación por infracción de ley del art. 849.2º LECrim, con carácter excepcional a los informes periciales. Así, entre otras muchas resoluciones, el Auto de fecha 14 mayo 2004 (recurso nº 169/2003-Colmenero), recordaba que: *"Por otro lado, se debe señalar que de la consideración de documento a efectos casacionales se ha excluido la prueba pericial, ya que tiene carácter personal y en ella adquiere especial relevancia el contacto directo con su producción por parte del órgano judicial que la preside y presencia. Por ello, no cabe equipararla a la documental a los efectos del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cfr. STS de 5 de junio de 2000). Excepcionalmente se permite la posibilidad de acreditar el error en la apreciación de la prueba fundándose en la de peritos, equiparándola a la documental a los efectos del artículo 849.2º de la LECrim, cuando habiendo un solo informe de esta clase o varios coincidentes, y no existiendo otras pruebas sobre el mismo hecho, bien se ha tomado dicha prueba de "modo incompleto, mutilado o fragmentario", bien se ha prescindido de la misma "de modo no razonable llegando a conclusiones divergentes, opuestas o contrarias a las expuestas por los peritos", todo ello, en definitiva, a fin de corregir errores evidentes, dando así el debido cumplimiento al mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamado por el artículo 9.3º de la CE, que es el verdadero fundamento de esta excepcional doctrina jurisprudencial que extiende la aplicación del artículo 849.2º de la LECrim, más allá de lo que permite su redacción literal. (STS de 8 de mayo de 2000)".* Véase más extensamente, LUZÓN CUESTA, José Mª, *El recurso de casación penal*, editorial Colex, 2000, pág. 80. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *Recurso de Casación y de Revisión penal. Control de la presunción de inocencia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 246 y 247.

⁹⁹ Según se deduce de la copiosa y ya tan inabarcable como, en ocasiones, innecesariamente reiterativa jurisprudencia desde la primera sentencia del TC sobre la misma, STC 31/1981, de 28 julio, hasta nuestros días. Véase ORTELLS RAMOS y TAPIA FERNANDEZ (Dirección y Coordinación) *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, ed. Thomson-Aranzadi, 2005.

¹⁰⁰ ARAGONESES (1978) en el libro de MITTERMAIER, Ob. cit.. La prueba pericial penal adolece de un estudio monográfico detenido en la doctrina española, como afirman NIEVA FENOLL, J, VIVES-REGO, J. y CORCOY BIDASOLO, M. en "Eficacia y admisibilidad ... ob. cit. Estos autores citan los breves estudios de PEDRAZ PENALVA, E. "Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal. Particular consideración de la pericia psiquiátrica" *RDPProc*1994, nº 2, pág. 341 y ss; CAMARENA GRAU, S. "La prueba pericial en el proceso penal", *La Ley* nº 5746, 25-3-2003, págs. 1514 y ss; ROMERO COLOMA, A. "La prueba pericial en el proceso penal", *RGD* 1989, págs. 3593 y ss.

¹⁰¹ AROGONESES sostiene que el concepto de peritos en sentido procesal no debe ligarse al de técnicos sino que debe de hacerse depender de su relación con los datos procesales.

No desconocemos que este medio probatorio, que es la prueba científica derivada de los laboratorios oficiales, comparte más la naturaleza de pericial que de documental, a la vista de lo que tradicionalmente ha sido considerado documento en el proceso penal pero ello no es óbice para que reclamemos esa naturaleza en determinados supuestos dado que esta pericia necesariamente tiene que ser escrita y documentada, como también se refleja en el Derecho Comparado¹⁰², lo que convierte esta prueba personal en ser susceptible de ser consultada como documento por el Tribunal.

Como se recoge por la doctrina¹⁰³, “Documento proviene del término latino *“docere”*, que significa enseñar, mostrar o hacer conocer una cosa. NUÑEZ LAGOS ha señalado que el documento es una cosa mueble corporal que enseña algo, a diferencia del monumento que es una cosa inmueble. La corporalidad y la docencia serían sus elementos esenciales. La primera estaría constituida por la cosa (el soporte material) y la grafía; pero el contenido esencial del documento se encuentra en la declaración, esto es en la expresión de un comportamiento de trascendencia jurídica. El art. 26 CP define al documento como *“todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica”*. Es evidente que aunque no es objeto de regulación específica dentro de las diligencias de investigación del sumario se pueden utilizar como instrumento de constatación de hechos relevantes para la averiguación del delito y sus circunstancias. A los efectos de adquirir valor probatorio se deberá proceder a su lectura en el juicio oral (art. 730 LECrim). Los mismos se unirán al sumario para su examen por el tribunal sentenciador (art. 726 LECrim)”.

Anclarse en una concepción tradicional del documento como prueba real generada fuera del proceso para negar la valoración de la prueba científica pericial como documento, evidencia una posición poco realista con la funcionalidad práctica de esta prueba pericial documentada, como se defiende en este trabajo, en el que después de analizar las pericias realizadas por los laboratorios oficiales se ofrece en algunas de ellas su posible consideración documental a la vista del grado categórico de sus conclusiones¹⁰⁴, que no precisa de mayores explicaciones ante el Tribunal.

¹⁰² Véase epígrafe de esta obra sobre Derecho Comparado, redactado por Valmaña, Silvia.

¹⁰³ PÉREZ-CRUZ, A, *Derecho Procesal* ...ob. cit. pág. 268. Cita del texto redactado por SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, en la misma obra.

¹⁰⁴ Con el término “categórico” nos referimos en el discurso a algo como verdadero y sin condiciones. V.gr. si un documento es verdadero, si ha sido falsificado o si es falso. No pretendemos otras connotaciones del término que nos lleven al dogmatismo intelectual que excluya la verdad como probabilidad. Tampoco entramos en materias filosóficas derivadas de la concepción aristotélica o kantiana del término, parte de cuyo significado hacemos propio, en cuanto a su contraposición con lo hipotético. En su raíz etimológica latina *cateogoricum* o griega *katëgorikuse* expresa que afirma o niega de una manera absoluta, sin condición ni alternativa alguna. Según Aristóteles, dicese de la proposición que afirma el atributo de una manera absoluta. *El juicio categórico es un juicio afirmativo aislado, por oposición al juicio hipotético, que es un juicio sometido a condición*. El imperativo categórico kantiano es un imperativo no condicional, como el imperativo de la moralidad frente los imperativos condicionales restringidos a una condición, como expone en sus obras *Fundamento de la metafísica de las costumbres y Crítica de la razón práctica*.. Fuente: Voz Categórico, *Nueva Enciclopedia Larousse*, Tomo 4º, pág. 1831, Editorial Planeta (1980).

Así, por ejemplo, se afirma en la investigación que una prueba científica de grafística en análisis de documentos “la conclusión, totalmente objetiva, y en casos, acreditada ante la ENAC, solamente puede ser auténtico, falsificado (manipulado) o falso”.

En el ámbito del procedimiento abreviado, el que el art. 788,2 segundo párrafo de la LECrim haya convertido *ex lege* documentos a los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de las sustancias estupefacientes, tiene el mismo carácter categórico de la prueba del que venimos hablando. Como afirma PARDO IRANZO (2008, 256)¹⁰⁵, “los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, realizados conforme a los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas, si no son impugnados no pueden ser desconocidos por el juez. Y ello es así porque no estamos propiamente ante una pericial, ante una opinión de un determinado perito (peritaje de opinión)- que fácilmente será diferente de la opinión del perito de la parte contraria- sino ante la documentación de una realidad objetiva –peso, naturaleza y pureza de las sustancias- sujeta a unos protocolos oficiales (ante lo que viene denominando peritaje científicamente objetivo) (...). Si estamos ante un “documento” (o informe) del artículo 788.2 II LECrim y un documento privado contradictorio, el juez no podrá estimar lo establecido en éste en contra de lo fijado en aquél. Si en el informe consta que la sustancia en cuestión era cocaína, el juez no podrá dar más valor a la carta escrita por el vendedor al comprador de la sustancia, indicándole que en el paquete le envía el bicarbonato que le había pedido”

Puede comprenderse que se precise al perito ante el Tribunal para que explique estas conclusiones pero también hay que advertir que su carácter categórico permiten al Tribunal tomar conocimiento de las mismas a través de la documentación de la pericia como si de una prueba documental se tratará, sin necesidad de su ratificación en el juicio oral, sobre todo cuando nadie la cuestiona.

Previamente, para situar la cuestión en su contexto histórico-jurídico, haremos una serie de observaciones sobre los sistemas históricos de valoración de la prueba penal y la prueba oficial-científica.

La prueba científica en la investigación penal supone el fin de un ciclo que desde hace varias décadas está cerrando el paso a los errores. Cada vez es más frecuente confiar en estas pruebas fundándose en su carácter objetivo, imparcial y científico. También, cada vez es más difícil apartarse de su resultado, lo que obliga a una relectura del principio jurídico, consagrado universalmente como un signo de civilización, de libre valoración de prueba.

¹⁰⁵ *La prueba documental en el proceso penal*, editorial Tirant lo blanch, “abogacía práctica” nº 37, Valencia 2008. Véase la abundante cita doctrinal que abonan sus afirmaciones y la bibliografía relacionada sobre la materia. No obstante, esta autora por razones poco convincentes, a la vista de sus propios razonamientos en los que admite que estas periciales recogen una documentación de una realidad objetiva, muestra su discrepancia a que se extienda el carácter de prueba documental a otros informes derivados de laboratorios oficiales, si bien constata su amplia recepción jurisprudencial, véase págs. 135 a 140. Sobre prueba documental, véase también MORENO NAVARRETE, M.A. *La prueba documental. Estudio histórico-Jurídico y Dogmático*, Marcial Pons, 2001.

En efecto, históricamente, en el sistema inquisitivo¹⁰⁶, que rigió nuestra forma de juzgar hasta finales del siglo XIX, época en la que se aprueba nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882), existían las llamadas pruebas legales tasadas, cuyo resultado obligaba al juzgador a inclinarse entre una u otra opción (culpabilidad o inocencia) según las previsiones establecidas a cada opción. Así, como recuerda la doctrina¹⁰⁷, en aquellas épocas, “cuando la prueba se encontraba rodeada de superstición, el hombre tenía una limitada concepción de la vida social y todavía manejaba un concepto de delito referido a la divinidad, como ofensa a la misma. Aparecen los “juicios de Dios”, “las ordalías” y el “juramento del acusado” (...). La cuestión era sumamente lógica y simple, ya que necesariamente Dios habría de ayudar al inocente, se trata sencillamente de someter al acusado a la realización de determinadas pruebas, de manera que si el acusado es inocente Dios comparecerá y así lo mostrará”.

Aquel sistema inquisitivo, cuya influencia pervive en nuestros días¹⁰⁸, basaba la investigación penal en la búsqueda de la confesión del reo, para la cual se arbitraba como uno de los instrumentos más eficaces la práctica de la tortura¹⁰⁹. Igualmente, se utilizaban las pruebas tasadas, impregnadas de fuertes connotaciones religiosas y de subjetivismo, en las que la irracionalidad del pensamiento fundado en la fe o creencia religiosa imponía sus reglas ante la ausencia de un pensamiento ilustrado y la carencia de conocimiento científicos.

Con la Ilustración acaecida a finales del siglo XVIII tras la Revolución Francesa de 1789 y la ruptura progresiva con el llamado *Ancien Régime*, la libertad se erige en el lema político, social, económico y cultural¹¹⁰. Esta situación histórica tiene, como es lógico, importantes consecuencias en el sistema jurídico, aprobándose las primeras

¹⁰⁶ Véase nota histórica en la Presentación.

¹⁰⁷ LOPEZ-BARJA QUIROGA, J *Tratado...* ob. cit. pág. 743.

¹⁰⁸ V.gr. desde una posición más especulativa que real, FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, 1ª ed. 1995, editorial Trotta, 8ª edición (2006), quien sostiene que los valores fundamentales del moderno Estado de Derecho, cuales son el respeto a la persona, el derecho a la vida y la libertad personal, el nexo de unión entre legalidad y libertad, la separación del derecho y la moral, la tolerancia política, la libertad de conciencia, la independencia de la función judicial y los límites de los poderes del Estado, madurados principalmente en el terreno del Derecho penal mediante las luchas ilustradas contra la intolerancia religiosa y contra el absolutismo del *ancien régime* integradas en el sistema normativo de garantías, no han trascendido al funcionamiento objetivo de las instituciones. Por nuestra parte, creemos al contrario que dichos principios impregnan nuestras instituciones en un Estado de Derecho aunque puedan existir indeseables desviaciones en algunos casos prácticos, que debidamente conocidos y probados, son rectificadas por los propios medios de que dispone el mismo Estado.

¹⁰⁹ No se olvide que en los derechos penales históricos la tortura era el instrumento válido de la prueba reina del proceso que era la confesión hasta mediados del siglo XVIII en el que se inicia el proceso abolicionista. Igualmente, en la Inquisición española que pervivió hasta 1834. Véase el básico estudio de referencia sobre la tortura de TOMAS Y VALIENTE, F. *La tortura judicial en España*, ed. Ariel, Barcelona, 1973, con referencia a la obra del Marqués de Beccaria *De los delitos y las penas*, publicada en 1764, véase edición de esta obra en Alianza Editorial, Madrid, 1968, con traducción de Juan Antonio de las Casas e introducción, apéndice y notas de Juan Antonio del Val. Actualmente, a nivel internacional y en España, es básica la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con su artículo 27.

¹¹⁰ Vide TOMAS Y VALIENTE, Fco, *Manual de Historia del Derecho español*, editorial Tecnos, 1ª edición 1975, 14ª reimpresión (2006).

Constituciones liberales¹¹¹, cuyo pensamiento liberal en España lo representa la Constitución de Cádiz de 1812.

Es entonces cuando se sientan las bases de la evolución del sistema penal en España hasta que se consagra en 1882 el sistema acusatorio mixto a través de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹¹². La valoración de la prueba transita en ese momento de aquél sistema religioso inquisitivo de la prueba subjetiva e irracional tasada, que sólo buscaba la confesión del reo aunque fuera mediante tortura, al sistema laico de libre valoración subjetiva (en conciencia –art. 741 LECrim) y racional de la prueba en la que la confesión del reo, si bien seguía siendo un objetivo prioritario, necesitaba de comprobaciones que permitieran su corroboración objetiva y racional¹¹³.

Es decir, se busca la racionalidad y objetividad en todo el proceso valorativo de la prueba, en un marco cultural donde comienzan a emerger importantes avances científicos aplicables a las investigaciones penales (v.gr. dactiloscopia)¹¹⁴.

Así las cosas, en la medida que las pruebas empiezan a ser más científicas o racionales también comienza a imponerse en el sistema de libre valoración de la prueba el factor racional y objetivo frente al subjetivismo basado en la irracionalidad.

Por ello, entendemos que es obligada una relectura del concepto de libre valoración de la prueba que, evitando el concepto de prueba tasada medieval del sistema inquisitivo, permita limitar la libertad subjetiva irracional del juzgador a favor de una libertad racional, la cual impone entre una de sus consecuencias el obligado análisis científico de dicha prueba, de forma que cuando la misma se ha realizado bajo los protocolos científicos, la discrepancia sobre su resultado tenga que realizarse también en función a dichos protocolos.

Es decir, es necesario dar un tratamiento científico a la valoración de esta prueba, sin que la *íntima convicción del juzgador* (libre valoración) ex art. 741 LECrim pueda desarrollarse al margen de los parámetros científicos, en un regreso paradójico al subjetivismo irracional que fundaba la prueba tasada del sistema inquisitivo.

Obsérvese que si la incivilizada prueba tasada estaba asentada en el subjetivismo irracional del sistema, que se imponía a la *íntima convicción* subjetiva del juzgador, la

¹¹¹ Previamente, en América del Norte se cita en la época moderna la Declaración de Virginia de 12 junio 1776 como el primer texto que positiviza los derechos fundamentales.

¹¹² Es famosa su Exposición de Motivos debida a la pluma de ALONSO MARTINEZ, M, en la que explica esta ruptura parcial con el sistema inquisitivo. Véanse los primeros comentarios a esta Ley, en AGUILERA DE PAZ, E, 1912, ya citado en nota anterior.

¹¹³ Recuérdese que el art. 406 de la LECrim dice en su párrafo primero: “*La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito*”. Por su parte, el art. 820 de la misma Ley, en el procedimiento por delitos cometidos por medio de imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, afirma que: “*No será bastante la confesión de un supuesto autor para que se le tenga como tal y para que no se dirija el procedimiento contra otras personas, si de las circunstancias de aquél o de las del delito resultaren indicios bastantes para creer que el confesono fue el autor real del escrito o estampa publicados*”.

¹¹⁴ En España, a principios del siglo XX se sitúan las fechas para el Cuerpo Nacional de Policía (1911) y para la Guardia Civil (1914) en las que la policía incorpora a sus funciones y atribuciones propias la identificación dactiloscópica del imputado. Véase notas históricas en capítulo 2.1. de esta obra.

civilizada libre valoración de la prueba, cuando se aparte de los postulados científicos, puede caer en el subjetivismo irracional de la convicción del juzgador, que se imponga a la objetividad racional del sistema, lo cual no deja de ser paradójico, ya que defendiendo una incorrecta concepción de la civilizada libre valoración de la prueba caeríamos en aquello que pretendía superarse: la irracionalidad subjetiva en la valoración de la prueba a la que respondía la incivilizada prueba tasada, si bien es cierto que esa irracionalidad subjetiva en aquella prueba no era la derivada de la íntima convicción del juzgador sino la del propio sistema mientras que en una incorrecta concepción del sistema de libre valoración derivaría no del sistema sino de la íntima convicción del juzgador. En todo caso, el efecto sería el mismo: caer en la irracionalidad subjetiva valorativa.

De todo ello se pretende huir con la prueba científica, dando el verdadero contenido a la libre valoración de la prueba, el cual ha de fundarse en la exclusión de limitaciones que impidan llegar al juzgador, en su calidad de *peritusperitorum*, a formarse una libre convicción, como son las limitaciones derivadas de su formación científica.

En otras palabras, de esta forma, la libertad valorativa se constituye en un principio que trasciende el subjetivismo irracional, predicándose especialmente para la exclusión de esas limitaciones del juzgador que le impidan formar libremente su convicción íntima, ya que, difícilmente puede elaborarse esa íntima convicción si se carece de los instrumentos necesarios (conocimientos científicos) para analizar la prueba científica¹¹⁵.

Estos planteamientos no nos llevan a abrazar con acrítica consideración la prueba científica, de forma que la elevemos a categoría de prueba tasada, ya que somos conscientes, como afirma PÉREZ (2010, 32) que “creer acríticamente en resultados científicos denotaría precisamente una actitud poco científica si tales resultados no fueran acompañados por la exteriorización de los métodos utilizados para su consecución (o para su eventual reiteración)”¹¹⁶

1.- La pericial derivada de Laboratorios oficiales: su evolución valorativa¹¹⁷

¹¹⁵ En este sentido, TARUFFO, *La prueba...* ob. cit. pág. 295 después de insistir que el juez debe controlar, sustancialmente, el carácter científico y la validez de los métodos con los que se ha realizado la prueba, afirma: “(...) la valoración de la prueba científica es una actividad que trasciende al sentido común, requiriendo del juez la capacidad de “conocer la ciencia” para realizar apropiadamente su función judicial. Claro está que sería absurdo pretender que el juez sea omnisciente, pero parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas”.

¹¹⁶ PÉREZ GIL, *El conocimiento...* ob., cit. pág. 32 recuerda que el conocimiento científico por su alta tasa de credibilidad raya en ocasiones la certeza absoluta, pero también advierte que “ello pudiera conducirnos a la conclusión de que, *de facto*, aquello que se soporta sobre la científicidad de un método pudiere haber alcanzado el valor de una prueba impenetrable a la libre valoración judicial y, con ello, revivir la existencia de un convencimiento basado en fenómenos extraprocesales (ordalías) o deslizar subrepticamente pruebas que alcanzan una valoración tasada de facto”

¹¹⁷ SEQUEROS, *Los protocolos...* ob. cit. sintetiza el estado de la doctrina del TS sobre esta materia hasta la reforma de la L.O. 9/2002. También puede consultarse, entre otras publicaciones, PARDO IRANZO, V., *La prueba...* ob. cit. págs. 118 a 130.

a) Valor inicial como simple pericial: consecuencias.

Los informes periciales de los laboratorios oficiales, al considerarse en principio como una prueba pericial¹¹⁸, personal y no documental, sometida a la regulación de los arts. 456 y ss. y 723 a 725 de la LECrim, sin que le fueran de aplicación los arts. 726 y concordantes reguladores de la prueba documental, la jurisprudencia exigía que los peritos debieran de comparecer en el juicio oral para ratificar la pericia realizada en el sumario conforme a los arts. 723 y 725 de la LECrim, salvo los casos de imposible reproducción previstos en el art. 730 de la misma Ley (SSTS 20 noviembre 1987, 19 abril 1988 y 6 febrero 1989).

b) Su mayor reconocimiento jurisprudencial: hacia la documental.

La jurisprudencia de la Sala 2ª del TS, ante las periciales emitidas por laboratorios oficiales, fijó en los años 80 y 90 los presupuestos de la reforma legislativa del año 2002, otorgando mayor valoración a estas pruebas a través de su conceptualización como documentos cuando los peritos no habían ratificado estos dictámenes en el juicio oral.

La no ratificación en el plenario podía poner en entredicho principios básicos de la prueba penal como el de su práctica en el juicio oral, salvo casos excepcionales¹¹⁹, inmediación, oralidad y contradicción. De ahí, que el mayor reconocimiento jurisprudencial a los informes emitidos por Laboratorios oficiales tuvo que partir del respeto a este marco de principios garantistas del proceso probatorio.

Como indica la doctrina¹²⁰, comentando la valoración de los informes dactiloscópicos, la jurisprudencia resalta la necesidad de respetar el principio de contradicción en esta valoración. Ahora bien, la Sala 2ª del TS ha interpretado el cumplimiento de este principio a través de los siguientes hitos: 1º, siguió un criterio diferenciador en el tratamiento de los informes periciales según cual sea el órgano o gabinete (central o periférico) del que emanan¹²¹; 2º se consideraron los informes como

¹¹⁸ Recuérdese que el art. 456 LECrim define a la prueba pericial en los siguientes términos: “El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”. Por el contrario, la LECrim no recoge un concepto legal de documento.

¹¹⁹ Admitidos tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Supremo, en casos de prueba anticipada (cfr. arts. 448 y 449 para la testifical de imposible realización en el juicio oral) y preconstituida (cfr. datos objetivos del atestado de imposible realización en el juicio oral). Véase, v.gr. sobre el atestado policial STCo. 100/1985, 3 octubre y STS -2ª- 23 enero 1987. Sobre la diferenciación entre prueba anticipada y prueba preconstituida, la doctrina y la jurisprudencia no expresan criterios claros, siendo uno de los criterios aquél que entiende que la prueba anticipada se hace ante el juez instructor y la preconstituida ante el órgano de enjuiciamiento. En todo caso, son pruebas sumariales realizadas con todas las garantías procesales que tienen eficacia en el plenario aunque no se verifiquen en las sesiones del juicio oral, teniendo entrada en el mismo por la vía del art. 730 LECrim.

¹²⁰ DIEGO DíEZ, “Sobre la ratificación...”, ob. cit. a quien seguimos en esta exposición para situar los antecedentes jurisprudenciales de las décadas de los años 80 y 90.

¹²¹ ATS 26 enero 1989 (Moyna), el cual explica la línea jurisprudencial que excusa ratificar los informes elaborados por el Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de Policía pero no así los emitidos por organismos de ámbito territorial más reducido. Este criterio se desveló sin una fundamentación jurídica sólida al depender de la ubicación territorial del laboratorio.

prueba documental en su contenido objetivo y técnico y no el derivado de la percepción sensorial del perito, que no es necesario reproducir en juicio integrándose en el acervo probatorio a través del art. 726 LECrim, sin perjuicio del derecho de la defensa de solicitar la comparecencia de los peritos¹²² y 3º, se ha acudido a la ficción de entender que, en ciertos casos, el silencio de la defensa frente a un dictamen que le es desfavorable supone la aceptación tácita de su contenido¹²³.

A este análisis, hay que añadir el tratamiento que la Sala 2ª ha dado a la impugnación de estas periciales, que veremos después.

Esa línea jurisprudencial tuvo su refrendo en el Tribunal Constitucional, quién respecto a la prueba pericial consistente en un informe del Instituto Nacional de Toxicología decía en STC 127/1990 (FJ 4º), *“de conformidad con los artículos 726 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueden ser tomados en consideración (como pruebas) informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para su interrogatorio personal, cuando, como ocurre en el presente caso, el informe fue sometido a contradicción en el acto del juicio, versando sobre él la prueba pericial que con tal finalidad se propuso”*.

En igual sentido, la STC 24/1991, de 11 noviembre (FJ 3), aun reconociendo que no se trata de prueba documental, sino documentada, admite que pueda recibir el mismo tratamiento de aquella *“no haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto prueba documentada, que no documental, el órgano judicial, tal como estatuye el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya examinado “por si mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”*

También, en el FJ 1º del ATC 19/97 y FJ 2º del ATC 326/97, se dice *“pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa del juicio que se basan en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permite su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para ser interrogados personalmente”*¹²⁴

¹²² STS -2ª- 23-2-1989 (FJ2) (Bacigalupo), para velar por el principio de contradicción de la defensa, afirma *“Para contradecir las conclusiones del informe, la defensa tiene que demostrar, como es obvio, que todo el documento es falso o bien que dichas conclusiones se apoyan en menos coincidencias que las científicamente exigidas o, en todo caso, que las semejanzas de las huellas no son tales. Si el informe no se basa en hechos falsos, las partes disponen, por lo tanto, en el documento mismo de todos los elementos necesarios para la contradicción de sus conclusiones”*. Con cita STS- 2ª- 7 noviembre 1997 (Soto)

¹²³ Según SSTs -2ª- 31-3-1989 (García), 24-6-1991 (Delgado), 15-2-1993 (García), 25-10-1993 (de Vega), Recogiendo la anterior jurisprudencia, la STS -2ª- 5 noviembre 1997 (FJ 3) (Puerta), afirma *“Cuando en la causa existe este tipo de informes, emitidos por técnicos competentes de organismos oficiales y la defensa de los acusados ha podido examinarlos al formular sus escritos de defensa, sin hacer luego propuesta de pruebas complementarias, alternativas o contradictorias, ni pedir la presencia en el juicio oral de los técnicos que emitieron los informes de referencia, ha de presumirse que tales informes fueron tácitamente admitidos por la defensa”*. En el mismo sentido, STS -2ª- 21-9-1998 (Ramos).

¹²⁴ Según recuerdan LÓPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, *“La conversión...”*, ob. cit.

En cuanto al valor que se ha dado a las impugnaciones¹²⁵, siguiendo lo resumido en la Instrucción 7/2004, de 26 noviembre, de la FGE¹²⁶, cabe decir que:

Cuando la defensa impugna expresamente el informe pericial, surge renovada la necesidad de citar a los peritos para que acudan al juicio oral y se sometan al interrogatorio cruzado de las partes. El Acuerdo de Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 21 de mayo de 1999 estableció que “siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio”¹²⁷. El Acuerdo del Pleno de fecha 23 de febrero de 2001 ratificó esta interpretación.

En todo caso, debe recordarse que la operatividad de la impugnación está sometida a requisitos: ha de respetar la buena fe procesal (SSTS 1520/2003, de 17 noviembre, 1153/2003, de 15 septiembre). La impugnación ha de realizarse a más tardar en el escrito de calificación provisional, y así “cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita” (SSTS 652/2001, de 16 de abril y 585/2003, de 16 abril). En este mismo sentido la impugnación no será eficaz cuando “...se realiza de forma manifiestamente extemporánea, cuando ya ha transcurrido el período probatorio, por ejemplo en el informe oral o en este recurso de casación” (SSTS 156/2003, de 10 de febrero, 585/2003, de 16 abril, 587/2003, de 16 abril). La STS 156/2004, de 9 febrero declara que “normalmente el momento adecuado es el escrito de conclusiones provisionales, pues los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de Ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ. Y las impugnaciones efectuadas en el mismo acto del juicio oral impiden la reacción de la acusación orientada a la proposición de nuevas pruebas...Por lo tanto no puede considerarse válida a estos efectos la impugnación del recurrente, realizada ya en el acto del plenario”. La STS 72/2004, de 29 enero exige que los informes se impugnen “como máximo temporal procedimental en el escrito de calificación provisional, o bien antes, que sería lo lógico, para que en la propia instrucción sumarial se pudiera practicar un contra-análisis, verdadero objeto de la impugnación de un informe pericial” añadiendo que “la impugnación en conclusiones definitivas no es posible, porque impide que el Fiscal pueda proponer prueba sobre tal extremo”

Las exigencias al fundamento material de la impugnación conocen algunas fluctuaciones, pudiéndose detectar dos tendencias: una más laxa, que otorga operatividad a la impugnación pura y simple y otra estricta que exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica.

Ejemplos de la tendencia laxa los encontramos en las SSTS 1446/2003, de 5 noviembre, 1520/2003, de 17 noviembre y 1511/2000, de 7 de marzo, que consideran que “no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su

¹²⁵ Ver VARGAS CABRERA, “Dictámenes periciales...”, ob. cit.

¹²⁶ Sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de los informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública.

¹²⁷ Este acuerdo ratifica la doctrina establecida en las SSTS de 2 de febrero de 1994, 18 diciembre 1997 y 29 diciembre 1997. Fue aplicado por la SSTS de 10 junio 1999, 16 de julio 2001 y 3 diciembre 2002. Ver IÑIGO CORROZA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos...*, ob. cit.

impugnación del análisis efectuado” y que “al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia”. Siguiendo esta interpretación la STS 585/2003, de 16 abril afirma que “...basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal”

Como ejemplos de la tendencia estricta podemos citar la STS 1413/2003, de 31 octubre que declara que “una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción o estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se exprese en el trámite de informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.1 y 2 LOPJ...lo que permite corregir los abusos procesales como pueden ser las impugnaciones ficticias o meramente oportunas carentes de cualquier fundamento”. En este sentido la STS 72/2004, de 29 enero exige que la impugnación “no sea meramente retórica, o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala Casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuáles son los temas de discrepancia: si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en éste la preservación de la cadena de custodia”.

Por último, no recogido en la anterior Instrucción, por ser de fecha posterior a la misma, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de fecha 27 abril 2005¹²⁸, señaló que:

“La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquello como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788 LECrim. La proposición de pruebas periciales se sujetará a las reglas generales sobre pertinencia y necesidad¹²⁹. Las previsiones del art. 788.2 LECrim son aplicables

¹²⁸ Aplicado en STS -2º- 11 julio 2005.

¹²⁹ Con ello, el Acuerdo hace referencia a la doctrina de la Sala 2ª del TS sobre el motivo previsto en el art. 850.1º de la LECrim en el recurso de casación por quebrantamiento de forma derivado de la denegación de una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente. Sobre este motivo, entre otros muchos, el Auto 1129/2007, de 21 de junio, nº de recurso 587/2007 (Andrés Ibáñez), recuerda que: “(...) B) Respecto a este motivo de casación la Jurisprudencia ha ido conformando un sólido cuerpo de doctrina caracterizado por la exigencia de los siguientes presupuestos: a) formal: que el medio se haya propuesto en tiempo y forma (STS 1307/1997 de 13 de febrero; 1616/2005 de 7 de diciembre y las de 02-07-2004 y 27-11-2000 Y, como dijo la primera de éstas “En forma estarán pedidas las pruebas que se ajusten a las reglas procesales, exigiendo el art. 656 de la LECrim los datos identificativos de peritos”; b) pertinencia por lo que el recurrente ha de demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas (STS 104/2002 de 29 de enero) o que tenga relación con lo que es objeto del juicio y constituya «themadecidendi» (STS 1341/2000 de 20 de noviembre); c) necesidad del medio denegado. Se alude con ello a que el medio denegado sea fundamental e imprescindible para la formación de la convicción del juzgador, (STS 104/2002 de 29 de enero) Por ello, por prescindirse del medio denegado se derivó indefensión. (STS 1341/ 2000 de 20 de noviembre) Este requisito se ha equiparado también a la ausencia de redundancia (STS 74/2007 de 26 de enero); d) relevancia. De tal manera que su denegación sea capaz de causar lesión en los derechos del recurrente quien debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso «a quo» podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba

exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo. La aplicación de este artículo no es extensible a otros procesos o pruebas, por lo que sus previsiones son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo”.

En el apartado siguiente comentaremos este Acuerdo, que resta importancia a la mera impugnación de la defensa en estos supuestos, manteniendo la calidad de prueba de cargo documental de los informes oficiales de estupefacientes en el procedimiento abreviado.

c) Valor legal como documental en procedimiento abreviado en materia de estupefacientes: efectos.

En ese contexto jurisprudencial, al que la doctrina¹³⁰ añade el valor que la jurisprudencia de ciertas diligencias sumariales como el atestado cuando contiene diligencias irreproducibles en el juicio oral, objetivas y de resultado incontestable mediante la introducción del nuevo concepto de las llamadas pruebas preconstituidas frente a la prueba anticipada¹³¹, junto con el precedente legal de la antigua redacción del art. 801.3 de la LECrim en el procedimiento de urgencia, que permitía al tribunal la no suspensión del juicio ante la incomparecencia del testigo si había depuesto en el sumario y aquél se consideraba suficientemente informado¹³², se llega a la reforma del art. 788.2 II operada por Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE del 11), en vigor desde 12 diciembre 2002, la cual dice:

“2. (...) En el ámbito de este procedimiento (abreviado)¹³³, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

objeto de controversia (STS 1341/2000 de 20 de noviembre; 104/2002 de 29 de enero y 1230/2006 de 1 de diciembre); e) que no haya devenido de práctica imposible (STS 1616/2005 de 7 de diciembre) o, como decía la sentencia 1387/1997 de 13 de febrero, que la práctica de la prueba sea posible y no se hayan agotado las diligencias para conseguir su realización efectiva, o, como se dice en la STS 74/2007 de 26 de enero que sea posible, en cuanto pueda practicarse en términos de racionalidad, sin tener que superar extraordinarias dificultades procesales; f) que la denegación, como recuerda la STS 74/2007 de 26 de enero, que recuerda la del TC 1/2004 de 14 de enero, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial; g) Y que se haya formulado la oportuna protesta (STS 27-4-07)”.

¹³⁰ LÓPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, “La conversión...”, ob. cit.

¹³¹ Cfr. STC 100/1985, 3 octubre, y STS -2ª- 23 enero 1987.

¹³² Según LÓPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, “La conversión...”, ob. cit., el antiguo art. 801.3 LECrim generó gran confusión en la jurisprudencia, ATC 127/82, SSTC 116/83 y 64/86, SSTS 13-4-1981 y 22-12-1981.

¹³³ Según la reforma operada en la LECRIM sobre el Procedimiento Abreviado por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, el marco competencial del Procedimiento Abreviado viene establecido en el art. 757, en los siguientes términos: “Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean única, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración”.

Este párrafo 2º al punto 2º del art. 788 de la LECrim se introdujo de forma sorpresiva a través de una enmienda del GP PP, con el apoyo de CiU y CC, en el Senado en fecha 14 noviembre 2002 al proyecto de ley sobre sustracción de menores¹³⁴, recibiendo fuertes críticas doctrinales por lo inadecuado de la reforma legislativa de un precepto procesal mediante una ley extraña al procedimiento penal.

Con anterioridad, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe del Pleno aprobado en su reunión del día 5 junio 2002 relativo a la proposición de ley de grupos parlamentarios del Congreso (núm. 122/000199), de reforma parcial de la LECrim para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado¹³⁵, ya había apostado por dar carácter de prueba

¹³⁴ LÓPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, “La conversión...”, ob. cit., dan cuenta sobre la tramitación parlamentaria de esta enmienda que se introdujo en la Comisión de Justicia del Senado (DS Senado núm. 374, de 14 noviembre 2002) y prosperó en su Pleno (DS Senado núm. 111 de 20 noviembre 2002, págs. 6764 y ss. y en el Pleno del Congreso (DS Congreso de los Diputados, núm. 211, de 28 noviembre 2002), véanse los debates parlamentarios donde se defendió su introducción en base al carácter técnico del informe, a la celeridad y a la necesidad de evitar desplazamientos de los funcionarios a los Juzgados, siendo contestado por la oposición (PSOE y EA) que se vulneraban garantías procesales constitucionalizadas como los principios de inmediación, oralidad y concentración. También se opusieron IU y PNV. Así, en la Comisión de Justicia del Senado la representante del GP Popular, Sra. Mora, dijo: *“En último lugar, intentamos modificar el artículo 788.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que la prueba sobre estupefacientes, la analítica, no sea considerada como una prueba pericial. ¿Por qué? Porque para la práctica jurisdiccional favorece que una prueba en la que se cumple un esquema, un impreso, en la que se atienden unos valores, en la que se resuelve una analítica, no tenga una consideración pericial, puesto que nada aporta de pericia en más o subjetivamente al técnico. Por tanto, entendemos que debe ser considerada como una prueba documental. ¿Cuál es la filosofía de nuestra enmienda? Agilizar el procedimiento, porque si es documental no se les escapa a ninguna de sus señorías que en el momento en que queda incorporada al procedimiento, dándolo por reproducido, tiene fuerza de prueba. En cambio, la prueba pericial requeriría la presencia del perito para su ratificación. En este punto, quiero decir a sus señorías que en la práctica de la abogacía, de la que soy algo conocedora, nunca he oído hablar de una falsificación de una prueba pericial —estoy hablando de una analítica—. Es una experiencia personal, pero contrastada con otros letrados”. Argumentos reiterados por su Grupo en el Congreso, Sra. Torme Pardo, quien manifestó: “Con esta enmienda se evita que los funcionarios responsables de estos informes tengan que comparecer en el proceso para una mera ratificación formularia consistente en un simple me afirmo y ratifico, y además se evitan también suspensiones de juicios motivadas por la imposibilidad de comparecer por parte de los funcionarios señalados. En términos de garantías conviene resaltar que esta modificación afecta únicamente a los informes oficiales emitidos en relación a la cantidad y a la calidad de las drogas decomisadas, siempre que se realicen siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas. Vemos, por tanto, que se trata de un supuesto muy concreto, en el que no existe singularidad en la prueba, lo que corrobora la idoneidad de su consideración como prueba de carácter documental más que pericial. Además, quiero resaltar que en el 90 por ciento de los juicios por delitos contra la salud pública los informes a los que he hecho referencia no son contradichos por la defensa de los acusados, que en todo caso siempre podrán pedir la práctica de una prueba pericial en aquellos supuestos en que tales informes pudieran ser puestos en cuestión. Estamos hablando de una medida que se inscribe en el marco de los juicios rápidos para contribuir a una más ágil y eficaz respuesta penal frente a determinadas prácticas delictivas”. En el Congreso, el GP PSOE (Sra. Alberdi Alonso) se opuso indicando “Con lo que no estamos de acuerdo, ni estaba previsto ni esperábamos, es con que el Partido Popular con su enmienda cambiara el carácter, la sustancia de la propia prueba, y que un informe pericial se convierta en una prueba documental. Si aceptáramos esta enmienda, romperíamos con la idea de oralidad y de inmediación y, sobre todo, con el principio de contradicción. En coherencia con nuestra posición de muchos años, hay que mantener el equilibrio, que de aceptar esta enmienda se rompería, entre celeridad y rapidez y seguridad jurídica y defensa. Por tanto, en este caso también vamos a votar que no”.*

¹³⁵ Ver página web del CGPJ, apartado Informes. Fue ponente del Informe el vocal, catedrático de Derecho Procesal, D. Faustino Gutiérrez-AlvizConradi, participando en su redacción en calidad de letrado del CGPJ, el catedrático de Derecho Procesal, D. Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín.

documental a estos informes periciales emitidos por los laboratorios oficiales en materia de estupefacientes proponiendo en relación con el art. 788.1 LECrim una disposición que luego resultó aprobada en la ley de sustracción de menores, con el siguiente tenor literal:

“En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes, emitidos por laboratorios oficiales, sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

El CGPJ fundaba su propuesta en los siguientes términos:

“En cuanto a la necesidad de practicar la prueba pericial en el juicio oral, una reiterada jurisprudencia (Ss –Sala 2ª- de 29 octubre 1990, 14 junio 1991, 13 de julio de 1993 y 26 de abril de 1995, entre otras muchas) ha declarado que “la prueba pericial, en principio, como es norma general de toda clase de pruebas, ha de ser practicada en el juicio oral quedando así sometida a las garantías propias de los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen el acto”. La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ss. de 26 de enero de 1993, 29 de abril y 9 de julio de 1994, 5 de mayo, 18 de setiembre y 1 de diciembre de 1995, 15 de enero de 1996, 18 de julio de 1998 y 10 de julio de 1999) precisa, en relación con los informes de laboratorios o instituciones oficiales que la falta de objeción del análisis pericial supone el tácito consentimiento con el mismo, siendo entonces criticable, desde el punto de vista procesal, la conducta de quien formula en casación una extemporánea reclamación cuando no hay ya posibilidad de rectificar la situación que anticipadamente consintió y asumió; y que los dictámenes periciales procedentes de órganos o departamentos especial del Ministerio de Sanidad, en atención a las garantías técnicas y a la imparcialidad que los respectivos centros y laboratorios oficiales ofrecen, han de merecer la consideración formal de pruebas válidas a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia, aunque no fueren ratificados en el juicio oral, siempre que las partes prestaren su consentimiento expreso o tácito por ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto del resultado o respecto de la competencia e imparcialidad profesional de tales peritos. La impugnación, en su caso, no necesita motivarse explicitando las razones de la discrepancia ya que, por sí mismo desmiente la aceptación del dictamen sumarial, cualquiera que sea la causa en que se apoyó. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 21 de mayo de 1999, cuyo resultado se recogen en S. de 10 de junio de 1999, estimó que siempre que exista impugnación debe practicarse el dictamen en el juicio oral para que tenga validez probatoria, con independencia del acierto de la impugnación, pues en estos casos no existe aceptación ni expresa ni tácita que pudiese convalidar el informe que no ha sido sometido a contradicción en el juicio. Lo cierto es que, sin embargo, los Informes llevados a cabo por los Institutos Oficiales en relación con el pesaje, calidad y cantidad de sustancias estupefacientes no pueden considerarse propiamente como prueba pericial en la medida en que, por su reiteración y práctica conforme a los procedimientos científicos de análisis, comúnmente admitidos, pierde, en gran medida la singularidad de dicho medio de prueba (aportación de conocimientos científicos desconocidos por el Tribunal), por lo que se aproxima claramente dichos Informes a la prueba documental”.

El dotar de carácter de prueba documental a estos informes tiene una gran importancia, ya que dicha prueba se introduce en el plenario por la vía del art. 726 de la

LECrím, que permite al Tribunal consultar directamente los documentos obrantes en la causa, sin necesidad de ratificación del informe por los peritos, o bien por la vía del art. 730 LECrím, que permite su lectura a instancia de cualesquiera de las partes, al margen de que su admisión a práctica no está sujeta a las complejas normas de la LECrím sobre designación de peritos (cfr. arts. 456 y ss. LECrím).

La Instrucción 7/2004, de 26 noviembre, de la FGE, sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de los informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública, en aras a las garantías procesales y la eficacia, concluye para los Sres. Fiscales, lo siguiente:

A. Como instrucción común para todos los procedimientos:

1º Cuando se proponga como documental el informe sobre análisis de la sustancia intervenida, solicitarán los Sres. Fiscales en el acto del juicio oral la reproducción de la misma con la lectura del análisis documentado.

2º Igualmente habrá de exigirse para todos los procedimientos que los informes periciales incluyan el coeficiente de variación o porcentaje de incertidumbre que presente el resultado relativo a la pureza de la sustancia analizada.

B. En el ámbito del proceso ordinario por delitos:

1º Cuando ya durante la fase de instrucción la Defensa ha impugnado el informe pericial, los Sres. Fiscales habrán de interesar en su escrito de calificación la práctica de la prueba pericial con citación de los autores del informe.

2º En otro caso, los Sres. Fiscales, con carácter general, al proponer la prueba en las conclusiones provisionales, interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga, pero a esa petición de prueba añadirán por Otrosí que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio.

3º En todo caso, se propondrá con carácter de prueba documental, con expresa reseña del folio o folios, el informe de análisis de droga emitido por los correspondientes centros oficiales.

4º Al proponer la prueba pericial sobre análisis de la sustancia no es necesario interesar la citación de dos peritos, siendo suficiente en su caso que el responsable del servicio de que se trate suscriba el informe y comparezca en el juicio oral para ratificarlo.

C. En el ámbito del procedimiento abreviado y de los juicios rápidos:

1º Habrá de partirse de que el dictamen sobre la sustancia intervenida recibe el tratamiento procesal de la prueba documental, por lo que como tal deberá proponerse en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra.

2º En el supuesto de que el informe pericial sobre análisis de drogas sea impugnado por la Defensa, los Sres. Fiscales valorarán los aspectos cuestionados y en función de la entidad o razonabilidad de la impugnación propondrán, en su caso, la comparecencia de los peritos al acto del juicio.

3º Los Sres. Fiscales habrán de exigir que los informes respeten las exigencias que en cuanto al contenido impone el nuevo art. 788.2 LECrim, y concretamente que especifiquen los protocolos científicos seguidos, interesando, en caso de que los informes incurran en omisiones, la correspondiente ampliación.

4º Los Sres. Fiscales habrán de interpretar el nuevo art. 788.2 LECrim desde el pleno reconocimiento y respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no oponiéndose a las citaciones de peritos propuestas por las Defensas y reaccionando a través de los correspondientes recursos frente a inadmisiones de prueba que puedan generar indefensión.

Como se ha indicado antes, el último Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 25 mayo 2005, tras los Plenos de 21 mayo 1999 (y su ratificación en 23 febrero 2001), relativiza las impugnaciones de las defensas a estos informes cuando sean una mera manifestación, no privando del carácter de prueba de cargo documental que puede ser tenida en cuenta por el Tribunal para enervar la presunción de inocencia.

Otra cosa serán las impugnaciones fundadas o el derecho de la defensa a proponer como prueba en el plenario la comparecencia de los peritos que han elaborado el informe o de otros peritos que puedan contradecir el mismo, en cuyo caso, si esta prueba es pertinente y necesaria¹³⁶, habrá de celebrarse la misma en el juicio oral en concepto de prueba pericial, para garantizar el derecho de defensa, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y al proceso con las debidas garantías, componentes todos ellos del derecho a la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*).

Por último, el dotar de valor documental a esta prueba pericial permite acudir en caso de impugnación de la sentencia mediante el recurso de casación penal a la vía de la infracción de ley por *error facti*, prevista en el art. 849.2º LECrim, entendiendo por documento este informe pericial, si bien con las matizaciones que la jurisprudencia señala en relación con las periciales, sobre las que admite el *error facti*.

Así, en la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, véase, entre otras muchas, la síntesis que realiza la STS -2ª-, de fecha 30-6-2006, nº 733/2006, rec. 1084/2005, la cual en cuanto a los informes periciales susceptibles de ser admitidos como documentos auténticos señala que ha de tratarse “(...) *de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. --SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre --*”.

¹³⁶ Recuérdese que, como se ha indicado antes, la Sala 2ª del TS no admite el quebrantamiento de forma previsto en el art. 850.1º LECrim por denegación de diligencia de prueba, si ésta no es pertinente ni necesaria.

2.- El futuro de la valoración de esta prueba: hacía un *status* valorativo específico en función a su doble carácter de oficial y científico.

Si bien, como se ha visto *supra*, el legislador ha dotado de valor de prueba documental a través del art. 788.2º II LECrim, según reforma de L.O. 9/2002, a los informes sobre sustancias estupefacientes emitidos por Laboratorios oficiales siempre que sigan los protocolos científicos, hay que recordar que la jurisprudencia ha dotado de este valor también a otros informes emitidos por Laboratorios oficiales sobre materias diversas a los estupefacientes, como son la prueba dactiloscópica, grafológica, los informes de funcionamiento de armas y balística y los informes de ADN, como se examinan a continuación¹³⁷.

En general, como sistematiza la doctrina¹³⁸, la jurisprudencia ha dado a los informes emitidos por organismos oficiales una especial fuerza probatoria y no ha exigido una estricta sujeción de ellos a las reglas procedimentales para la elaboración de los informes periciales ordinarios.

Así, en cuanto al primer punto, se subraya el resumen contenido en la STS -2ª- 1091/1997, de 16 julio (Moner), la cual dice:

“cuando se trata de informes o dictámenes realizados por peritos oficialmente asignados a estos menesteres, en forma colegiada, y gozando de la permanencia e inamovilidad del funcionario público, normalmente alejados del caso concreto, con altos niveles de especialización y adscritos a organismos dotados de los medios costosos que exigen las modernas técnicas de análisis, no parece desacertado –y así lo viene entendiendo reiteradamente esta Sala- concederles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia prima facie eficacia probatoria sin contradicción procesal¹³⁹, la cual puede, sin embargo, suscitarse, bien pidiendo por escrito ampliaciones o aclaraciones para su incorporación como documental al juicio oral, bien exigiendo su presencia en este acto; y la razón de dotar del carácter de preconstitución a estas pruebas, reside en la operatividad del sistema procesal, o si se quiere en razones de oportunidad o de practicidad, porque los funcionarios de dichos Institutos, Gabinetes y Laboratorios no podrían atender a su cometido si tuvieran que acudir a Juzgados y Audiencias de toda la Nación a ratificar sus informes en los juicios orales”.

Más recientemente, ratificando esta doctrina, las SSTS -2ª- 901/2006, de 27 septiembre 2006 y 29/2008, de 31 enero 2008.

Por lo que respecta a su no sujeción estricta a las reglas procedimentales para la elaboración de los informes ordinarios, la STS -2ª- 223/1997, de 18 marzo 1997

¹³⁷ Ver RIVES SEVA, *La prueba...* ob. cit. y CLIMENT DURÁN, *La prueba...* ob. cit.

¹³⁸ CLIMENT, *La prueba...* ob. cit.

¹³⁹ ETXEBARRÍA, “Los análisis de ADN...”, ob. cit. sobre los Laboratorios oficiales en los que se incluyen organismos con *status* de auxiliares del juez ex art. 505 y 506 LOPJ, como el Instituto Nacional de Toxicología o los Institutos de Medicina Legal, junto con organismos dependientes de distintos cuerpos policiales, advierte que “no existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad de ninguno de ellos, pero la proximidad de los laboratorios policiales respecto de los órganos encargados de la investigación y persecución de los delitos puede originar ciertas dudas acerca de la imparcialidad y neutralidad de sus informes”, con cita del Consejo de Europa.

(Montero), afirma que *“una constante doctrina de esta Sala, representada entre muchas, por las Sentencias del Tribunal Supremo 427/1994, de 1 marzo, 938/1994, de 29 abril, 2039/1994, de 23 noviembre, 88/1995, de 1 febrero y 427/1995, de 24 marzo, ha subrayado que los dictámenes procedentes de órganos o departamentos especializados del Ministerio de Sanidad y Consumo (u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas) ofrecen garantías de imparcialidad y competencia que no los sujetan de modo estricto a las reglas legales propias de otras pruebas periciales”*. En el mismo sentido, STS -2ª- 1345/1997, de 5 noviembre (Puerta), 1549/1997, de 18 diciembre (Soto), 772/1997, de 30 mayo (García-Calvo), 1084/1997, de 22 julio (Martínez-Pereda)

Expuestas estas consideraciones generales, veamos algunos informes oficiales en concreto.

En cuanto a los informes de dactiloscopia¹⁴⁰, la STS -2ª- de 20 enero 1998 ha matizado que *“el examen dactiloscópico constituye una válida prueba documental, más que pericial”*. La STS -2ª- de 28 enero 1999 dice: *“La contradicción jurisprudencial entre pericia y documento debe superarse, si se tiene en cuenta que la equivalencia con la pericia, atiende más bien a la especialización de los funcionarios encargados de la búsqueda del correspondiente dactilograma, poniendo el acento en las características, tipos, crestas y dibujos papilares. Se trata en realidad de un documento y equivale a una certificación para acreditar que tal fotografía papilar corresponde a tal persona, ello no empece a que precisa de determinados conocimientos técnicos que para llegar a tal resultado tengan que analizar las características de la huella dactiloscópica”*

Cuando el informe dactiloscópico proviene de organismos oficiales de carácter nacional, la jurisprudencia no ha exigido la ratificación en el juicio oral, así respeto de los informes provenientes del Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de la Policía (SSTS -2ª- 19 abril 1988, 6 julio 1988, 25 abril 1989, 19 enero 1990 y 18 septiembre 1995), mientras que sí exigía esta ratificación si provenían de organismos oficiales de ámbito regional (SSTS -2ª- 19 abril 1988 y 6 febrero 1989), posteriormente equiparando ambas situaciones sobre la no ratificación (SSTS -2ª- 23 febrero 1989 y 3 marzo 1999).

La pericial grafológica tampoco ha precisado su ratificación en el juicio oral cuando ha sido emitida por organismos oficiales si no ha sido impugnada, así la STS -2ª- 14 diciembre 1990 estimó que la prueba pericial caligráfica efectuada era bastante para emitir un fallo condenatorio por delito de falsedad al no haber sido impugnada. Ahora bien, cuando existe impugnación fundada, la STS -2ª- 15 febrero 1990, sí que exigía esta ratificación en el plenario.

En cuanto a la pericial sobre el funcionamiento de armas, la STS -2ª- de 25 septiembre 1991, declaró que si bien el dictamen pericial debe reproducirse en el acto del juicio oral, si la defensa no ha cuestionado la validez de la pericia en sus conclusiones provisionales, proponiendo la prueba correspondiente, no puede luego pretender impugnarlo con éxito porque *“el principio de congruencia procesal obliga a todas las partes integrantes en el proceso y descarta de antemano la discusión de una*

¹⁴⁰ Ver DIEGO DÍEZ, “Sobre la ratificación...”. Ob. cit.

serie de cuestiones que se dan por admitidas en virtud de las pruebas ya practicadas". En el mismo sentido, la STS -2ª- 11 septiembre de 1991.

Ahora bien, cuando es impugnado fundamentamente por la defensa es necesaria su ratificación en el juicio oral, como sostiene la STS -2ª- 15 marzo 2004.

Sobre los informes de ADN, desde el punto de vista sustantivo, hay que resaltar que esta prueba es uno más de los indicios existentes, el cual se valora en conjunto con los demás, ya que, según la literatura científica, a través de estas pruebas en ningún caso puede hablarse de incriminación o seguridad absoluta, salvo el descarte, siendo necesario que siempre se proceda a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles de ADN (Teorema de Bayes)¹⁴¹.

Así se ha entendido internacionalmente en la comunidad científica y jurídica desde que estas pruebas en 1985 fueran utilizadas por primera vez en un proceso penal en Inglaterra por el genetista AlecJeffreys para la identificación del acusado en el caso conocido *Enderby* –asunto *Queen vs. Pitchfork*- por dos violaciones y un asesinato, que determinaron la libertad del principal sospechoso Richard Buckland, de 17 años de edad, a pesar de haber confesado los hechos, por no corresponderse genéticamente las muestras de semen halladas en ambas víctimas, las cuales procedían de un mismo sujeto, con las muestras de sangre obtenidas a Buckand.

Cabe recordar la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS en relación a las pruebas de ADN, señalando con nuestra mejor doctrina¹⁴², que esa jurisprudencia ya desde la sentencia de 13 julio 1992, examinando el cálculo de probabilidad de que otro individuo presente el mismo perfil genético (aproximadamente del 0,0005%), llegó a la conclusión de que el porcentaje de error era prácticamente inexistente, dándole gran fiabilidad a la prueba.

Véanse también SSTs de 11 mayo 1993; 24 de febrero 1995; 18 de octubre 2002; 19 de diciembre de 2003; 24 de febrero de 2005; 25 de mayo y 11 de octubre de 2006 y 7 de noviembre de 2007, en las que la prueba de ADN ha sido determinante para fundamentar la autoría por delitos de asesinato y/o violación.

Esto no obstante, hay que reconocer que en la STS -2º- 949/2006, de 4 octubre, se indica que *“cuando la prueba de ADN es la única existente y es factible de establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria”*.

Visto lo anterior, desde la perspectiva procesal que estamos analizando, la STS -2ª- 308/1995, de 24 febrero (Bacigalupo), admitió un informe de ADN emitido por el Instituto Nacional de Toxicología aunque no fue ratificado en el juicio oral, indicando lo siguiente:

“No está en duda, y aquí se lo debe reiterar una vez más, que la prueba tiene que ser producida en el juicio oral. Ello es consecuencia de los principios de publicidad, de inmediatez, oralidad y contradicción que garantiza el proceso con todas las garantías establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y por el

¹⁴¹ ÁLVAREZ DE NEYRA, S. *La prueba de ADN...* ob. cit.

¹⁴² FIGUEROA NAVARRO, C. “Cooperación policial...”, ob. cit.

artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, en la medida en la que el recurrente no pretendía sino una ratificación de los peritos ante el Tribunal, tales principios no se han visto en modo alguna perturbados. En efecto, el informe pericial fue leído en la vista, con lo que ha quedado salvaguardado la publicidad, y además la Defensa no pretendía combatir las conclusiones mediante el interrogatorio de los peritos, sino simplemente su ratificación, la infracción es puramente formal y no excluye el carácter probatorio de un informe pericial, en cuyo carácter oficial excluye toda duda sobre la identidad de sus firmantes.

Lo anterior no excluye -como ya lo ha dejado claro esta Sala en reiterados pronunciamientos- que si la defensa hubiera pretendió cuestionar el contenido del informe hubiera tenido derecho a su contradicción mediante el interrogatorio que hubiera estimado conveniente”

Otros supuestos en los que se ha admitido como documental los informes emitidos por organismos oficiales y por funcionarios públicos que estén especialmente dedicados a las materias sobre las que verse el dictamen son los siguientes¹⁴³: el realizado por Tabacalera y en su nombre por el representante provincial sobre la valoración del tabaco incautado (STS 23 marzo 1993), el del médico forense al dictaminar sobre las lesiones de la víctima (STS 8 febrero 1993), el parte de lesiones del médico del Centro de Higiene de Oropesa y el informe de sanidad del médico forense (STS 2 julio 1994), la certificación del Instituto Andaluz de Salud Mental sobre minusvalía padecida por la víctima del delito (STS 20 abril 1994). A ellos se pueden añadir las pericias realizadas en el extranjero (STS -2ª- 199/94).

En conclusión, si la jurisprudencia ha estado en los antecedentes de la consideración legal de documento en el año 2002 de los informes periciales sobre estupefacientes en el procedimiento abreviado, y actualmente sigue manifestándose en la misma línea para otros informes periciales incluso en el procedimiento ordinario, ¿no sería razonable pensar que es necesario un cambio legislativo para dar valor de prueba documental a los informes emitidos por los laboratorios oficiales con independencia de su objeto y procedimiento en el que se vierten?

Unido a lo anterior, si la jurisprudencia ha expresado que la consideración de prueba documental del informe pericial no excluye el derecho de defensa a los medios de prueba pertinentes, de forma que si se produce una impugnación fundada es procedente la presencia de los peritos en el plenario si son propuestos por las partes, ¿dónde quedan las críticas a la mutación de la prueba pericial en documental por vulneración del derecho de defensa y de los principios de inmediatez, oralidad y contradicción?

Obsérvese que la inmediatez se construyó como un mero elemento instrumental para la formación de la convicción judicial, en el buen entendimiento de que lo percibido de forma inmediata, sin intermediación, se valora más justamente. Desde esta perspectiva, la lectura de un informe de un Laboratorio oficial, suficientemente explicativo, directamente por el juzgador colmaría las exigencias de la inmediatez. Sólo se quebrarían las exigencias de este principio si el juez albergase dudas sobre el informe y solicitando su aclaración, por la vía que estimase oportuna (v.gr. ex art. 729.2º LECrim), ésta no se produjera.

¹⁴³ DIEGO DÍEZ, “Sobre la ratificación...”, ob. cit.

En cuanto a la contradicción, es claro que si la parte a la que afecta el informe no lo impugna, no tiene sentido esgrimir este principio porque es aceptado y no ha lugar a contradicción alguna, sin que ello suponga disponibilidad prohibida de garantías procesales¹⁴⁴. Esto no obstante, podría esgrimirse que la aceptación de la parte no exonera al Tribunal de comprobar el hecho. Ahora bien, sólo sería admisible la vigencia de este principio de contradicción cuando el Tribunal tuviere dudas, a pesar de la aceptación del dictamen pericial por las partes, en cuyo caso siempre tendría la posibilidad de ordenar la práctica de una diligencia complementaria *ex art. 729.2º LECrim y STS -2ª- 123/94*.

Ahora bien, lo anterior no oculta cierta prevención a las pruebas científicas porque como indica TARRUFO, 2008, puede darse el caso que *“los datos científicos pueden ser poco fiables o insuficientes para apoyar una conclusión acerca de los hechos en litigio, las pruebas periciales pueden estar equivocadas o ser confusas, los peritos pueden no ser neutrales ni tener credibilidad, los jueces y jurados pueden ser engañados en la valoración de datos científicos, las pruebas científicas pueden ser aplicadas de maneras poco apropiadas, etcétera. En una situación tan compleja, el fallo sobre el caso Daubert emitido en 1993 por la Corte Suprema de Estados Unidos marcó un momento decisivo. En el caso Daubert, la Corte llevó a cabo un intento muy interesante de establecer algunos criterios que el juez debería aplicar a modo de “filtro” que hace una selección preliminar de pruebas científicas con el objetivo de admitir únicamente aquellas basadas en la ciencia “válida”. Estos criterios son: a) la contrastabilidad y la falsabilidad de la teoría o de la técnica aplicada; b) el conocimiento de la ratio de error real o potencial; c) la publicación de datos en revistas científicas con peer-review; d) la aceptación general de tales datos por parte de la comunidad científica relevante. Asimismo, la Corte subrayó que las pruebas científicas sólo debían de ser admitidas cuando “se ajustarán” a los hechos litigiosos, es decir cuando las pruebas sean específicamente relevantes para la decisión sobre esos hechos”*.

En definitiva, parece necesaria una relectura dogmática de principios procesales de la prueba, tales como el de libre valoración de la prueba¹⁴⁵ desde la conceptualización de *las reglas de la sana crítica*, la intermediación, la contradicción así como de la clasificación de las pruebas (periciales, documentales, testificales, inspección ocular), para darle a la prueba científica, una vez identificada ésta como prueba objetiva e imparcial, la dimensión procesal que merece en el ansiado camino de la búsqueda de la verdad material mediante la objetividad y la imparcialidad, para abocar a ese criterio racional¹⁴⁶ en que debe fundamentarse toda decisión judicial.

¹⁴⁴ No obstante, LÓPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, “La conversión...”, *ob. cit.*, opinan que se daría esa disponibilidad prohibida de garantías procesales.

¹⁴⁵ No olvidemos que, como recuerda ETXEBARRÍA, “Los análisis de ADN...”, *ob. cit.* a través de CABAÑAS GARCÍA, 1992, el insigne procesalista español ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO calificaba a la prueba libre como un exponente de dictadura judicial, en “Sistema y Criterios para la apreciación de la prueba”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1945, núm. 2, pág. 39.

¹⁴⁶ Según MONTERO AROCA, “La prueba en el proceso civil”, 2002, la verdadera manifestación actual de la prueba libre sería la prueba racional. En el mismo sentido, MONTÓN REDONDO, A. en “Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios”, *RDPIB*, 1978, núm. 2-3, pág. 389, citas extraídas de ETXEBARRÍA, “Los análisis de ADN...”, *ob. cit.*

El que las derivadas de los Laboratorios oficiales provengan de equipos colectivos y no sean individuales, siendo sus informes colegiados, dota de una garantía específica a la naturaleza de esta prueba que no puede pasar desapercibida en orden a su valoración y que permite su incorporación al proceso con carácter de prueba documental. Obsérvese que en la ordenación de esa prueba, el juzgador no se rige por los criterios de la LECrim en orden a la elección de peritos, nombramiento y eventual recusación (v.gr. 456 a 474 LECrim) sino que pide al laboratorio oficial el dictamen, el cual se realizará por los técnicos o facultativos del laboratorio de forma colectiva, lo que avala su independencia, objetividad e imparcialidad, sin que sean necesario acudir a los incidentes de nombramiento y eventual recusación¹⁴⁷.

Todo ello sin perjuicio de lo que Marcus JACOBSON¹⁴⁸ sintetizaba en la siguiente frase: *“La ciencia puede descubrir lo que es cierto, pero no lo que es bueno, justo y humano”*. Y es que cuando se juzga penalmente a un individuo está en juego algo más complejo que, por ahora, pueden darnos las ciencias, como es la esencia de una conducta humana, en la que influyen factores de toda índole, que sólo pueden ser analizados en su propio universo y desde una perspectiva analítica donde la exigencia de responsabilidad penal tiene que atender prioritariamente a aquel valor que para la justicia reclamaban los clásicos: *dar a cada uno lo suyo*, para cuya consecución la ciencia, sin desconocer su gran importancia, no deja de ser uno de los factores en juego.

Como se ha indicado en la presentación a este trabajo, la Policía científico-judicial se enmarca en las tensiones entre el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la necesaria eficacia policial en la investigación de los delitos.

En especial, no sin críticas académicas¹⁴⁹, hay que reconocer que la actividad de la Policía científico-judicial tiene que soslayar varios obstáculos para que su aportación al proceso penal sea eficaz y no cuestionada.

El principal obstáculo es que tiene que desprenderse de todo aquello que pueda ser calificado de acientífico, es decir, de subjetivismo, parcialidad o politización.

Para ello, la mejor respuesta es la profesionalidad de los miembros de la Policía científico-judicial, garantizada no sólo por su cualificación profesional acreditada sino también por un estatuto profesional que permita defender su imparcialidad y objetividad, en su calidad de funcionarios públicos al servicio de la sociedad y no sólo del gobierno de turno. Entre esas garantías la inamovilidad, salvo supuestos legalmente establecidos de remoción del cargo, brilla como esencial. Obsérvese que el art. 550.2 de la LOPJ, en esta línea argumental, establece que: *“Los funcionarios de Policía Judicial a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta dentro de las competencias a que se refiere el art. 547 de esta le, no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, la fase del procedimiento*

¹⁴⁷ Con esto no queremos decir que eventualmente puedan darse causas de recusación en estos facultativos sino que en la normalidad de los casos estas no se producen, por el carácter colegiado de los informes periciales derivados de laboratorios oficiales.

¹⁴⁸ ALBAIGÉS, J.M. y DOLORS HIPÓLITO, M., *Un siglo de citas*, Enciclopedias Planeta, 2ª edición 1996, pág. 84.

¹⁴⁹ IGARTUA SALAVERRIA, J. “Prueba científica ...” ob. cit.; NIEVA FENOLL, J. “El discutido valor probatorio ...”, ob. cit.

judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente.”

Sólo una Policía científico-judicial auténtica podrá hacer verdad lo que ya en 1882 el art. 2 de la LECrim establece, es decir, que *“Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor”*.

En ese momento, será creíble la defensa y protección de los derechos fundamentales¹⁵⁰, en especial, el derecho a la presunción de inocencia y su compatibilidad con la actividad policial en el proceso, que no es otra que la investigación del delito mediante *“la comprobación del delito y averiguación del delincuente”*, en términos de nuestra clásica LECrim.

Son necesarias, pues, reformas legislativas que doten de *status probatorio* específico a las pruebas científicas procedentes de Laboratorios oficiales, desde el establecimiento de unos criterios de admisibilidad de la prueba a su necesaria valoración racional dentro del sistema de libre valoración de la prueba, sin que su aportación al proceso vía prueba pericial o documental o cualquier otro, alteren este contenido, dada la inexistencia de un *numerus clausus* de pruebas en nuestro proceso penal.

De ahí, que sería posible extender la consideración de prueba documental a algunos informes periciales derivados de laboratorios oficiales, ampliando el estrecho cauce abierto en el art. 788.2º segundo párrafo de la LECrim en el procedimiento abreviado para extenderlo a cualquier procedimiento penal y en relación con ciertas pericias científicas elaboradas por estos laboratorios, que se han revelado altamente fiables de acuerdo con los estándares científicos actuales, como se expresa en esta investigación al analizar las pericias científicas realizadas por nuestros laboratorios oficiales, siendo innecesaria la presencia de los peritos en el juicio oral, como es el caso de los informes de ADN, salvo cuando bien el Tribunal o bien las partes consideren imprescindible su presencia y así lo reclamen fundadamente.

Atendiendo a estas consideraciones, tras nuestras investigaciones¹⁵¹, podrían ser aportadas al proceso penal con carácter documental las siguientes pericias científicas derivadas de los laboratorios oficiales, a la vista del carácter categórico de sus conclusiones y del estándar científico comúnmente aceptado en su elaboración, según el estado actual de nuestra ciencia:

Balística y trazas instrumentales

¹⁵⁰ Recuérdese que es misión de las FCSE, según el art. 104.1 CE *“proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”*

¹⁵¹ Así se expresan los expertos de los laboratorios oficiales de la Comisaría General de Policía Científica (CNP), del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Lofoscopia¹⁵²
Pinturas
Suelos, flora y fauna
Residuos disparo
Drogas tóxicas¹⁵³
Fibras
Incendios (Acelerantes de la combustión)
Biología (ADN)
Grafística/Documentoscopia (No en escritura manuscrita)¹⁵⁴
Entomología forense¹⁵⁵

Tendrían más problema su recepción en el proceso como simple documento las siguientes:

Informática y electrónica
Acústica
Antropología
Inspección ocular
Tecnología de la imagen

Como se sugiere en el proyecto por parte de los investigadores, frente al objetivo del proyecto sobre la posibilidad de considerar como prueba documental los informes emitidos por los laboratorios oficiales, es básico que estas pruebas estén acreditadas, lo que garantiza cuestiones tales como la homogeneidad, la estandarización y el nivel de los laboratorios. También, se debe tener en cuenta que las directrices y tendencias que surjan en el marco de la Unión Europea debe condicionar las soluciones que puedan adaptarse a este respecto.

Una de las directrices que ya se han establecido es que debe subsanarse la ausencia de acuerdo sobre la aplicación de una norma común de acreditación para el análisis de las pruebas científicas, a la que se refiere la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 30 noviembre 2009, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio¹⁵⁶. La acreditación una vez instaurada ayudará a establecer la confianza mutua en la validez de los métodos analíticos básicos utilizados, aunque no se establezca el método concreto que debe utilizarse. En cualquier caso, se determinará que el método utilizado debe ser el adecuado para su propósito.

La acreditación debe garantizar que los resultados de las actividades de laboratorio sean reconocidos por las autoridades responsables de la prevención, la detección y la investigación de infracciones penales. En consecuencia, esa acreditación debe ser reconocida por todos los laboratorios como instrumento de fiabilidad.

¹⁵² ~~Observación realizada por la CGPC y SCGC: comparación de dactilogramas y quirogramas. Procedimientos de revelado en laboratorio.~~

¹⁵³ Como se sabe, la única admitida pero sólo en el ámbito del procedimiento abreviado *ex art.* 788.2 LECrim.

¹⁵⁴ Observación realizada por la CGPC y SCGC

¹⁵⁵ Realizada sólo en la CGPC y no en el SCGC, se siguen las pautas de la Asociación Europea de Entomología forense.

¹⁵⁶ Véase Diario Oficial de la Unión Europea L 322/14, de 9.12.2009.

Cuestión distinta es la consideración sobre la evaluación judicial de la prueba, que no puede ser condicionada bajo ningún concepto. Pero parece adecuado considerar la acreditación como un paso importante para conseguir la mayor fiabilidad de la prueba científica frente a los Tribunales porque si todos los laboratorios acreditados llegan a las mismas conclusiones después del estudio de los indicios y vestigios considerados relevantes en la investigación, el Juez o Tribunal tendrá una mejor garantía de acierto en las pruebas que se le presentan.

En el examen del Derecho Comparado también se ha podido comprobar que el testimonio del experto puede ser introducido como prueba documental anticipada o preconstituida, sin que ello suponga ninguna quiebra de los principios garantistas del proceso penal moderno, exigiéndose siempre que el dictamen sea por escrito.

Nuestra propuesta de reforma legislativa en esta materia, extendiendo a todos los procedimientos penales y no sólo al abreviado la consideración de prueba documental de los informes derivados de laboratorios oficiales que sigan los protocolos científicos en las pericias que hemos indicado, sabemos que es cuestión de tiempo el que el legislador la acoja.

La extensión a los demás procedimientos penales y no sólo al abreviado, la defienden incluso autores críticos con la actual documental-pericial del art. 788.2 II LECrim, ante la evidencia de que no puede depender de la clase de procedimiento penal la naturaleza de una prueba¹⁵⁷.

En este sentido, el Acuerdo Plenario de la Sala 2ª TS de fecha de 25 de mayo de 2005, declarando que “la aplicación de este artículo (art. 788.2 II LECrim) no es extensible a otros procesos o pruebas, por lo que sus previsiones son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo”, merece ser matizado para extender esta previsión legal a cualquier proceso y a los informes periciales que hemos señalado derivados de laboratorios oficiales.

Obsérvese que la jurisprudencia, aunque en principio es reticente a extender algunas previsiones legales de procedimientos especiales como el anteriormente llamado de urgencia al procedimiento ordinario, con el tiempo ha acabado aceptando esta extensión, como ocurrió con el principio acusatorio y el límite de la pena a imponer en el procedimiento de urgencia, en cuya materia después de un largo período temporal aceptó esta extensión legislativa a cualquier procedimiento en su Acuerdo Plenario de la Sala Segunda del TS de fecha 20 de diciembre 2006, al establecer que *“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Así, entre las opiniones más recientes, PARDO IRANZO, V, *La prueba documental...I*, ob. cit. dice: “(...) no podemos sino mostrar nuestra perplejidad por la transformación operada por el legislador: si para él la reforma encuentra plena justificación en el hecho de tratarse de informes de carácter objetivo no se entiende muy bien que dicha objetividad se de sólo en el proceso abreviado y no el ordinario –tan científicamente objetivo es un informe sobre la naturaleza de una sustancia estupefaciente cuando va a ser utilizado en un procedimiento abreviado como cuando ha de ser empleado en uno ordinario-“, pág. 129.

¹⁵⁸ Completado por Acuerdo Plenario de 27 de noviembre de 2007.

Como apuntábamos en otros trabajos¹⁵⁹, este Acuerdo vino a cerrar una etapa, dando una definitiva respuesta a un viejo problema cerrado *en falso* hace más de una década cuando ya la Fiscalía General del Estado y una aislada Sentencia de la Sala Segunda apuntaban el criterio ahora adoptado¹⁶⁰.

¿Por qué no puede ocurrir lo mismo en relación con los informes emitidos por los laboratorios oficiales realizados conforme a los protocolos científicos, a pesar del Acuerdo Plenario de 25 mayo 2005? Tarde o temprano estamos seguros que se producirá un cambio de jurisprudencia en el sentido que postulamos porque responde al sentido común, no puede predicarse que una prueba tenga distinta naturaleza según el procedimiento en el que se realiza ni tampoco puede restringirse el valor de documental sólo a los informes de estupefacientes cuando la misma jurisprudencia lo ha ido extendiendo a otros informes derivados de laboratorios oficiales que no son de estupefacientes¹⁶¹, como hemos reseñado en esta investigación.

Sabemos que nuestras conclusiones serán criticadas y aceptamos gustosamente la sana crítica que procede del debate intelectual, con el objetivo de progresar en cualquier campo científico.

En todo caso, bien recibidas sean todas las críticas constructivas ya que, lejos de planteamientos dogmáticos se ha proyectado y materializado esta investigación, abierta en su desarrollo a la audiencia de otras voces sobre el objetivo de la misma¹⁶², el cual sólo se afrontaba desde la íntima convicción de que teníamos que partir sin perjuicios, que no quiere decir sin hipótesis, a recorrer un difícil camino con el claro propósito colectivo, que nos une a todos los investigadores en nuestra calidad de servidores públicos, de ofrecer unas conclusiones que después de un riguroso estudio permitieran combinar la eficacia de la investigación penal con la defensa a ultranza de los derechos fundamentales de todos los implicados en el proceso penal, víctimas y victimarios, que reclaman Justicia ante los graves actos de insolidaridad social que son las infracciones penales, sin desconocer que el núcleo duro de las finalidades del proceso penal está en la protección de las víctimas¹⁶³, las cuales delegaron en el Estado el ejercicio del *iuspuniendi*, precisamente en un salto cualitativo del estado de nuestra civilización para evitar los horrores de la venganza privada¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Véase DOLZ LAGO, M.J. “Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del “poder de acusar” y del Ministerio Fiscal”, Diario *La Ley*, núms. 6771 y 6772 (2007) y “De nuevo, sobre el principio acusatorio y pena legal. Comentario al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007”, en Diario *La Ley* nº 6917, 3 de abril de 2008.

¹⁶⁰ Véase Circular nº 1/1989, Consulta nº 3/1990 y STS -2ª- nº 1329/93, de 7 de junio de 1993 (Conde-Pumpido Ferreiro).

¹⁶¹ También, PARDO IRANZO, V. *La prueba documental...* ob. cit. pág. 129, dice “Además, huelga decir que no tiene sentido limitar la reforma sólo a este tipo de informes en vez de dar un tratamiento uniforme a todos los científicamente objetivos (por ejemplo, los análisis de ADN)”, citando a ARMENTEROS.

¹⁶² Como se recoge en el capítulo 1 de la obra.

¹⁶³ Una breve reflexión sobre Derecho Penal y víctimas, véase en DOLZ LAGO, M.J. “Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo”, en diario *La Ley* nº 7302, 14 diciembre 2009 y bibliografía allí citada. Estudio que fue objeto de consideración en la reunión de expertos internacionales en ayuda a las víctimas del terrorismo, organizado por Naciones Unidas (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), Bogotá (Colombia), 26 y 27 enero 2011.

¹⁶⁴ Nuestro clásico CESARE DE BECARIA, sobre este particular, afirmaba en su famosa obra *De los delitos y de las penas*, edición de Alianza editorial (1968), con comentarios de Voltaire y traducción de Juan Antonio de las Casas e introducción de Juan Antonio del Val, pág. 29, lo siguiente: “Fue, pues, la

En este propósito, la correcta visión de las pruebas científicas derivadas de nuestros Laboratorios oficiales marca un hito, ya reconocido abiertamente por nuestra jurisprudencia, al que no puede estar ajeno el legislador ni la doctrina científica, para el establecimiento de un sistema penal que perfeccione sus mecanismos de efectiva protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, sin inmovilismos estériles que, en definitiva, sólo perpetúan un *status quo* insatisfactorio para todos.

4.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DEL AUTOR

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús

- Director

La prueba pericial científica
Edisofer, S.L., Madrid, 2012, 437 pp.

- *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica.*
La Ley. WoltersKluwer, Madrid, 2016. 824 pp.



Centro de
Estudios
Jurídicos

necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover a los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho”.