

LA PRUEBA CIENTÍFICA, MOTOR DE CAMBIOS ESENCIALES EN EL PROCESO PENAL MODERNO

Prof. Dr. Dr.h.c. **Juan-Luis Gómez Colomer**
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón (España)

Resumen:

La prueba científica se ha convertido en la realidad procesal actual en un instrumento muy eficaz para probar determinados hechos que escapan de la comprensión no especializada de quienes deben decidir. Su definición es problemática, pero no su entendimiento, ni desde el punto de vista estrictamente especializado, ni del jurídico. De entre las muchas pruebas científicas existentes destaca el ADN, que se ha convertido en el paradigma de prueba científica por su altísimo grado de fiabilidad. Pero se debe ser consciente de ciertos riesgos, so pena de pervertir el sistema procesal penal propio de un Estado de Derecho, que se basa en la libre convicción del juzgador expresada motivadamente en la sentencia al valorar la prueba, clave de bóveda en el sistema probatorio, especialmente penal. La posibilidad de acabar en una Justicia personalizada, en suprimir principios constitucionales irrenunciables, en que el juez sea sustituido por el perito y en una valoración subyugada de la prueba científica, son peligros reales ante los que se debe estar atento. Este artículo advierte sobre ellos y propone soluciones razonables para conjurarlos. Profundiza en la prueba científica más importante, el ADN, para demostrar que debemos estar preparados frente a ellos, y expone la problemática de la misma y soluciones aportadas en Derecho comparado (Alemania. Italia y USA), para un mejor entendimiento de cómo debe ser su correcta operatividad jurídica.

Palabras clave

Proceso penal, prueba científica, ADN

Title:

Scientific Evidence, a Motor of Essential Changes in Modern Criminal Procedure

Abstract:

Scientific evidence, in the current procedural context, has become a highly effective instrument for proving certain facts that elude the non-specialized understanding of the ruling court. Though its definition is problematic, its comprehension is not, neither from the technical point of view, nor from the legal one. Within the different kinds of scientific evidence, the epitome is DNA evidence because it is highly reliable. However, certain risks must be taken into account in order to prevent the degradation of the criminal procedure system proper of the Rule of Law, that is based in the free assessment of the evidence contained in the judgements' motivation, and that is also the keystone in the evidentiary system, especially in the criminal one. The possibilities of producing personalized justice, of abolishing essential constitutional principles, of the judge being replaced by the expert witness and of generating subjugated assessments of scientific evidence are all real dangers that call for attention. This article raises the awareness on such issues and proposes reasonable solutions to avert them. The study focuses on the most important kind of scientific evidence, DNA, in order to show that we must be prepared to face these problems, and it explains the solutions offered by Comparative Criminal Law (Germany, Italy and USA) for a better understanding of its correct legal application.

Keywords:

Criminal procedure, scientific evidence, DNA

Sumario:

I. El concepto de prueba científica.- **II.** Relación teórico-práctica con el ADN, la prueba científica más relevante.- **III.** Enseñanzas del Derecho comparado.- Bibliografía consultada.

I. EL CONCEPTO DE PRUEBA CIENTÍFICA.-

La prueba científica es un apasionante tema procesal en la actualidad, tanto en sentido técnico o profesional, como en sentido jurídico. Obviamente importa a nuestros efectos más este segundo aspecto, pero el primero no debe despreciarse tampoco desde el punto de vista jurídico, pues como veremos encierra ciertos contenidos, no siempre positivos, a los que no podemos ser ajenos.

Se nos ha concedido un espacio limitado, como es lógico, para el tratamiento de este tema. Pero un aspecto importante de la prueba científica, el ADN, ya lo hemos analizado, con lo que muchas cuestiones que aquí no se consideran o que apenas se apuntan, pueden verse ampliadas en el texto de referencia.¹

1. LA NECESIDAD DE LA PRUEBA CIENTÍFICA EN LOS PROCESOS CIVIL Y PENAL ACTUALES, UNA CUESTIÓN DE EVOLUCIÓN

Ante todo, “prueba científica” es un concepto útil.² Sin embargo, toda definición acerca de qué es la prueba científica está resultando incompleta, porque no se sabe muy bien cómo precisar su significado y porque intervienen múltiples variables no jurídicas que esconden el camino³, pero tiene la enorme ventaja de que se comprende casi inmediatamente y, por tanto, goza de una plasticidad evidente. La mente humana se dirige inmediatamente cuando se habla de prueba científica a pensar en hechos que necesitan de conocimientos profesionales muy actualizados y exigentes basados en las ciencias más modernas, sobre todo, médicas e informáticas, utilizando en su ejecución medios tecnológicamente muy avanzados, para que puedan ser probados. Esto es indiscutible y se explica claramente.

El problema es que la Justicia necesita de conceptos precisos para poder resolver las cuestiones más dispares, sobre todo si sus planteamientos son novedosos, como es el caso, y, por tanto, se requiere de un consenso, de un acuerdo conceptual doctrinal sobre qué es

¹ A saber, GÓMEZ COLOMER, J.L., *Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: El análisis de ADN*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “La prueba de ADN en el proceso penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, págs. 23 y ss.; y *Sobre la prueba científica en el proceso penal, con especial referencia al ADN. Derecho comparado*, Ed. CEJ, Madrid 2017, en prensa. Este artículo es una actualización de éste último texto.

² Véase PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 42 a 47.

³ Tampoco la Jurisprudencia quiere meterse en vericuetos interminables. Por ejemplo, en un caso en el que el juez de instancia se apartó del dictamen pericial del médico que realizó la prueba de la drogadicción del acusado por ser privado y no el forense, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 933/2009 de 1 octubre (RJ\2009\5987), FD 2, al analizar el tercer motivo de los recurrentes, en vez de partir de los hechos y formular un concepto de prueba científica, se limita a escabullirse en el tema de la valoración judicial de los conocimientos que aporta la comunidad científica.

exactamente “prueba científica”, de manera tal que se despejen las muchas dudas que hoy se plantean, algunas de las cuales trataremos en este escrito.

En efecto, el desarrollo de todas las ciencias desde la II Guerra Mundial ha sido indescriptible, algunas de ellas sorprendentemente espectaculares en los últimos 25 años. Pero no es novedad alguna, pues desde siempre el proceso penal se ha visto obligado a recurrir a la ayuda de quienes tienen conocimientos especializados de carácter científico, que el juez no puede tener al pertenecer al mundo exterior al jurídico, o incluso a la ayuda de quienes sin ser científicos utilizan técnicas específicas o particulares para aplicarlas en supuestos en que tienen relevancia procesal penal, técnicas que el juez por desconocer no puede tampoco aplicar.

El proceso se ha servido de varias pruebas para canalizar esa ayuda prestada por profesionales o expertos ajenos o terceros al proceso. En unos casos ha bastado con la declaración como testigo y se ha acudido, por tanto, a la prueba testifical; en otros se ha elaborado un informe o documento, que ha sido introducido en el proceso como prueba documental; pero la prueba reina, a cuyo través casi siempre se ha acudido para aportar al proceso los conocimientos profesionales o técnicos de los que carece el juez, ha sido la pericial.

Es obvio que, aunque aquí nos refiramos básicamente, al proceso penal, cabe hablar de esta situación en todo tipo de procesos, como el civil, el administrativo o el laboral. Y no es menos obvio que también cabe hablar de estos temas frente a hechos en que resultan necesarias estas pruebas pero que no son delictivos (por ejemplo, catástrofes naturales o producidas por el ser humano, como accidentes aéreos).

La novedad hoy consiste en que el espectacular desarrollo de la ciencia al que me refería, ha implicado a su vez un desarrollo enorme de esas pruebas, principalmente la pericial. Es lógico, por otra parte, que, a nuevas perspectivas científicas, surjan nuevas necesidades jurídicas a satisfacer. El problema es que hay muchas ciencias y, en consecuencia, la incidencia en la prueba pericial ha sido amplísima.

También hay que ser conscientes que las pruebas científicas suponen el fin de un ciclo de técnicas probatorias ya algo anticuadas en su mayor parte, que, desde hace varias décadas, están evitando muchos errores en la identificación de las personas, pero que, a su vez, abren nuevos interrogantes.

Una manera de facilitar su estudio y su práctica es denominar a esta clase de prueba “prueba científica”, pero no hay un acuerdo todavía definitivo sobre su perfil ni sobre su contenido, de manera que tenemos que manejarlos aún en el ámbito de la propuesta.

Tampoco hay acuerdo en delimitar las ciencias a que se puede referir la prueba científica. Instintivamente tendemos a pensar que nos estamos refiriendo al mundo de la tecnología, de la informática, de las telecomunicaciones, de la biología y de la medicina, pero hay más ciencias y no está claro que deban ser excluidas. Por ejemplo, la economía, la sociología o incluso la psicología en su aspecto social, ciencias por cierto que desde antiguo integran prácticamente desde el punto de vista delictivo, con algún matiz, el contenido básico de la Criminología.

Si pensamos en los avances espectaculares de la Medicina y de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (NTIC: Informática, Internet y Telecomunicaciones), y si relacionamos su posible aplicación en la investigación de delitos tan graves como los de la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico o corrupción, por ejemplo), asesinatos y homicidios, delitos sexuales, resulta evidente la necesidad de sistematizar toda la problemática que presenta la llevanza al proceso de estos hechos y sus pruebas bajo comunes denominadores, no sólo para facilitar su práctica, sino sobre todo y también por ser más importante, para facilitar el convencimiento positivo o negativo del juzgador respecto a los hechos que con esas pruebas se trata de demostrar.

En definitiva, la prueba científica es necesaria porque hoy muchos hechos criminales únicamente pueden ser probados mediante el uso de tecnologías muy modernas y avanzadas, que requieren de grandes conocimientos científicos especializados para poder ser utilizadas correctamente. Si se quiere probar ese hecho, es necesaria la aplicación de la ciencia.

2. EL COMIENZO DE LOS DESACUERDOS, ¿QUÉ ES PRUEBA CIENTÍFICA?

La primera dificultad concreta con la que nos encontramos es que ni la jurisprudencia, ni los documentos internos de la Fiscalía (circulares, instrucciones, etc.), han aportado un concepto de prueba científica, porque se da siempre por sobreentendido su significado.

Esta inhibición de la jurisprudencia en tan importante cuestión es cierta. No encontramos en la doctrina del Tribunal Supremo español, ni en lo civil, ni en lo penal, ni una sola sentencia que dé un concepto, válido no, admisible o no procesalmente, de prueba científica.

Ante la ausencia de conceptos fijados jurisprudencialmente, ha sido la doctrina científica la que, internándose a veces por vericuetos demasiado complejos para juristas, ha intentado ofrecer uno, con el riesgo que implica que cada autor dé su definición, y, sobre todo, con la inseguridad que proporciona que falte el apoyo del único órgano que tiene que darlo, nuestro Tribunal Supremo.

Ahora bien, quizás no se haya atrevido la jurisprudencia a dar un concepto de prueba científica para no crear más problemas. Pensemos en lo siguiente:

a) No hay acuerdo con el concepto de ciencia entre los filósofos de la ciencia, tanto entre los no juristas, como entre los juristas.⁴

b) La ciencia explica la realidad, también la predice, pero esa realidad es inmensa, con lo que los fundamentos científicos utilizados para explicarla son igualmente vastos, aplicando multitud de teorías, métodos, estructuras lógicas, modelos adaptados, aplicaciones estadísticas, cálculo de probabilidades, experimentaciones propias, recursos colaterales, etc.

⁴ Por ejemplo, respecto a los juristas del ámbito de la Filosofía del Derecho (epistemología jurídica), v. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)*, Diario La Ley núm. 6812, de 2 de noviembre de 2007, págs. 1 y 2; y VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, págs. 83 y ss. Entre los procesalistas, más en concreto, v. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer Beltrán), Ed. Trotta, Madrid 2002, pág. 331, quien afirma expresamente que no es posible obtener ninguna definición aceptable de prueba científica.

c) Para el DRALE ciencia es, en su primera acepción, el “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente.” El mismo diccionario entiende por tecnología, igualmente en su acepción primera, el “conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico”.

d) Para la ley de Enjuiciamiento Civil (art. 335) y para la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art 456, mucho más anticuado pero suficiente), lo importante es cuándo procede la prueba pericial (“cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos...”), y no qué es la prueba pericial (ni mucho menos una variedad de la misma, la científica). Por eso ni la definen, ni tenían por qué hacerlo.

Partiendo de ello, se han llegado a establecer diversos criterios para considerar cuándo una prueba tiene la categoría de científica y, por tanto, es admisible para probar científicamente un hecho en un proceso, civil o penal.⁵ La doctrina más especializada recoge en esa línea los cinco siguientes, que nada tienen que ver con la admisibilidad procesal (en donde rige básicamente el criterio de la pertinencia):⁶

- “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.”

¿Ante esta situación, qué podemos deducir de todo ello? Pues en mi modesta opinión, no contribuir todavía más si cabe al caos conceptual y, por tanto, no intentar dar “mi” concepto de prueba científica. Lo importante es comprender epistemológicamente cómo se ha producido el hecho que queremos probar, es decir, conocer científicamente el mismo⁷, y

⁵ Vide la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S. 579, 113 (1993)), en el que el Magistrado Blackmun indicó los requisitos de científicidad siguientes: “a) De la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se funda la prueba; b) De la determinación del porcentaje de error relativo a la técnica empleada; e) De la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; d) De la existencia de un consenso general de la comunidad científica de referencia. Se requiere, además, que la prueba científica sea directamente relevante (*fit*) respecto a los hechos que deben ser determinados en el caso concreto”. Estos requisitos de admisibilidad de la prueba han sido comentados, entre otros, por TARUFFO, M., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Monografías Jurídicas Universitas, Ed. Metropolitana, Santiago (Chile) 2008, págs. 94 y 95; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, Revista Jueces para la Democracia 2005, núm. 54, págs. 75 y 76; y GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política 2010, núm. 44, págs. 92 a 94. La sentencia norteamericana es comentada también al final de este artículo en el subapartado dedicado a USA.

⁶ DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, Ed. La Ley - Wolters Kluwer, Madrid 2016, pág. 41 y nota 16. Véase también HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, cit., pág. 75.

⁷ No olvidemos que la epistemología es la teoría de los fundamentos y métodos del conocimiento científico, según el DRALE.

cuándo y cómo debe ser aportado al proceso, no qué es ciencia y por tanto y en consecuencia tampoco qué es prueba científica. De lo contrario el mito cada vez se hará más grande.⁸

3. LA DOS VERTIENTES DE LA PRUEBA CIENTÍFICA: PROFESIONAL Y PROCESAL

Pero claro, una cosa es comprender lo que es la prueba científica y otra trasladar sus progresos al proceso civil o al proceso penal. Estamos ante dos cuestiones distintas. Esto se entiende por sí mismo:

1º) Por un lado, el plano científico. Es el determinante desde el punto de vista de la averiguación del hecho y la identificación de su autor. Toda prueba científica debe ejecutarse por quien tenga los conocimientos científicos y profesionales exigidos para su éxito, por tanto, la prueba científica tiene una parte que excede siempre del ámbito jurídico, sujeta a los principios y reglas de la ciencia no jurídica que deba aplicarse. En la actualidad, el científico que deba practicarla debe poseer título universitario que le acredite formal y objetivamente para ello. Gracias a esos conocimientos, en donde sin duda la experiencia profesional va a jugar un papel determinante también, el ámbito de aplicar la ciencia a unos objetos o personas, para extraer las consecuencias necesarias que permitan explicar satisfactoriamente los hechos a un nivel de probabilidad más que suficiente cuando no sea posible determinar la exactitud total, es ajeno al proceso, incluyendo al tribunal y a las partes. El perito debe responder a las preguntas que le formule el juez, con la colaboración de las partes, de la mejor manera posible, es decir, de forma que quienes no son expertos en el tema comprendan sin grandes elucubraciones lo que se quiere transmitir, pero ahí acaba la relación hasta que termine su trabajo. Afirmar sin embargo que la falta de relación entre lo científico y lo procesal es absoluta es ir demasiado lejos, como se verá en estas páginas (particularmente *infra* al tratar el ADN).

A veces la ejecución de la prueba científica requiere, además o tan sólo, de técnicas profesionales, en donde probablemente la capacitación deba ser una exigencia mayor, pero no sujeta a un título profesional o no directamente relacionado con él. ¿Es necesario ser médico para ser perito en dactiloscopia? No, pero ello no quiere decir que el perito no deba acreditar su profesionalidad en este ámbito de la ciencia. Si además tiene estudios superiores (Criminología, Derecho, Medicina), mucho mejor, pero lo que realmente se exige es que sea experto en identificación de huellas. Este ámbito técnico cae igualmente dentro del plano profesional, en principio, y, por tanto, sin perjuicio de lo que más adelante se matiza, desde esta óptica debe ser analizado.

2º) Por otro, el plano procesal. Es el decisivo desde la perspectiva de la decisión. Obviamente debe partirse de la base de que la prueba haya resultado admisible, por ser necesaria y pertinente, conforme a las normas generales aplicables, y que el juez haya acertado plenamente con la designación del perito adecuado⁹. El trabajo profesional (o técnico) de ese perito finalmente deberá formular una conclusión sobre el hecho sometido a análisis, desde el punto de vista científico, explicando las preguntas del juez, por ejemplo, la identificación del sujeto. No hará valoración alguna sobre si el individuo es culpable o no, porque esa tarea le corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional decisor.

⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, cit., pág.82.

⁹ Un aspecto clave en este tema, v. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, cit., pág. 73.

Esto, insistimos, se puede comprender fácilmente, pues en definitiva ambos papeles el científico y el judicial son separables y explicables diferentemente. Pero no es fácil prescindir de la conclusión científica del hecho en la valoración judicial sobre el mismo y su autor. En otros términos, se entiende que se diga que el juez es el que decide quién cometió el delito, sobre cuyos hechos se ha practicado una prueba científica, especialmente si el juez asume la validez del dictamen pericial, pero se comprende mucho menos si el juez discrepa de la ciencia y llega a una valoración distinta y contraria. Y sin embargo así es, el juez es soberano y libre a la hora de aceptar o no el dictamen pericial científico¹⁰.

La conclusión a la que debemos llegar es que no pueden ser las dos vertientes, aunque distintas, inconexas. Es preciso hallar los puntos comunes necesarios para que el conocimiento científico sea incardinado en el razonamiento judicial. Es necesario que ambos planos, el profesional y el procesal, a saber, el dictamen pericial y la valoración judicial, se complementen. Estos puntos serían, primero, el control social de la prueba explicitándose lo que entiende la media cultural de la colectividad en un momento determinado, tarea que el juez puede realizar perfectamente, y segundo, el uso inapropiado o incorrecto del conocimiento científico para probar un hecho, aspecto que igualmente está en condiciones de controlar dicho juez.¹¹

4. LA INFRUCTUOSA DISCUSIÓN SOBRE SU NATURALEZA, ES PRUEBA PERICIAL

Aunque debería estarlo, no es clara la naturaleza de la prueba científica. Para mí, sin duda alguna, cualquier prueba científica que podamos tomar, es una prueba pericial, porque para llegar a los resultados que se esperan, o no llegar, se necesitan conocimientos profesionales, científicos, técnicos o artísticos que el juez no tiene. Y ésa es precisamente la base de la naturaleza de una prueba pericial, ésa es la clave.

Pero, a pesar de su obviedad, para cierta jurisprudencia y doctrina, no sólo española, la prueba científica es una prueba documental. Es un criterio anticuado, cuando las pruebas sólo eran o documentales o testificales.¹² Cuando se regula la prueba pericial y se separan claramente el informe pericial del documento y el perito del testigo, la prueba no puede ser más que pericial.

Nosotros pensamos que, si alguna vez hubo alguna duda, hoy este criterio está superado. El problema es que como veremos más adelante, una reforma española vuelve a traer a colación la naturaleza documental de la prueba científica, bajo el falso prisma de convertir en prueba documental al informe pericial cuando el perito no puede acudir al juicio oral a ratificarse, o está liberado de ello. El argumento de autoridad, que lo afirmen la ley y el Tribunal Supremo, no sirve en este caso, porque ni convence, ni es acertado jurídicamente.

Pero lo cierto es que ni jurisprudencial ni doctrinalmente está claro. Ante estas dificultades, o es prueba pericial o, todo lo más, una tercera clase de prueba (*tertium genus*),

¹⁰ Véase HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?, cit., pág. 77.

¹¹ Expresamente, TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, cit., págs. 330 a 336.

¹² Por el argumento de que, si no está regulada específicamente por la ley, y no haber más que pruebas documentales y testificales, la prueba científica, al menos en el proceso civil, no podía ser más que documental. Véase GOZAINI, O.A., *La prueba científica no es prueba pericial*, E-Journal Derecho y Sociedad 2012, núm. 38, pág. 172.

en el sentido que, siendo verdaderamente pericial, se puede aportar al proceso como documental, siempre que ello esté previsto legalmente (como así sucede en el caso del art. 788.2, II LECRIM, al que nos referiremos oportunamente). Este debate está abierto en España hoy.¹³

Pero ahora, y en este sentido, defendiendo que es prueba pericial, habría que precisar pedagógicamente que:¹⁴

1º) Hay acuerdo en considerar prueba científica aquélla que requiere de conocimientos profesionales científicos especializados que el juez no tiene (por lo que es prueba pericial, como decimos).

2º) Hay acuerdo en distinguir los conocimientos científicos de las técnicas especializadas, cayendo éstas fuera de la prueba científica, salvo que su uso sea consustancial al conocimiento científico.

3º) Hay acuerdo en considerar que la prueba es científica cuando el resultado probatorio producido es consecuencia de la aplicación y desarrollo de conceptos de carácter científico.

4º) Hay acuerdo en considerar que todos los informes emitidos por laboratorios científicos para ser usados en un proceso penal tienen naturaleza de prueba científica¹⁵.

5. LOS PELIGROS DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

La prueba científica plantea ciertos riesgos y no precisamente irrelevantes o insignificantes. Algunos son comunes a todas las pruebas periciales, en tanto en cuanto quien sabe del tema no es el que decide; otros son nuevos, derivados del alto grado de fiabilidad que presentan.

Me fijaré particularmente en estos cuatro:

a) Justicia personalizada

Un primer peligro es la extensión de la prueba científica, es decir, si debe limitarse estrictamente a averiguar determinado hecho o si, al contrario, debe proporcionar un perfil lo más completo posible de la persona sometida a la prueba (por su trascendencia, pensemos más en el investigado o acusado, y en cuanto a la prueba, pensemos en el ADN).

¹³ Véase DOLZ LAGO, M.J., La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica, cit., págs.82 y ss.

¹⁴ Véanse URBANO CASTRILLO, E., *La investigación tecnológica del delito*, en Eloy VELASCO NÚÑEZ (Dir.), “Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ-Escuela Judicial II-2007, Madrid 2007, págs. 51 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, cit., págs. 88 a 90; y TARUFFO, M., *La prueba científica en el proceso civil*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/7.pdf>, págs. 153 y ss.

¹⁵ De gran valor por su objetividad e imparcialidad. Si el laboratorio es oficial, su estructura se incardina generalmente en la llamada Policía Científica.

Si la opción es por aprovechar todos los resultados que se pueden obtener con la prueba del ADN, el peligro es real, porque se obtiene un perfil concreto del individuo, ya que se le identifica indubitadamente¹⁶ (también a un objeto o cosa, pero quizás esto tenga menos relevancia), lo que significa que el enjuiciamiento del mismo no tiene en cuenta sólo el hecho, sino, en cierto sentido a él como ser, al autor en definitiva. Por eso se dice que la prueba científica lleva a una justicia individualizada, al menos en el proceso penal.¹⁷

Pero lo cierto es que la prueba científica no lleva técnicamente (la labor del perito), partiendo de las muestras tomadas, o de los indicios o piezas de convicción recogidos, a la identificación infalible del individuo (el sospechoso de haber cometido el crimen), o de un objeto o cosa, sino a una probabilidad, más elevada cuanto mejor y más fiable sea la prueba, de la hipótesis más creíble, más veraz, que el perito ofrece al juez para que éste la valore y declare probado el hecho o no.¹⁸

b) Afectación de principios constitucionales (especialmente del de contradicción)

Qué duda cabe que, si son necesarios conocimientos científicos para explicar un hecho que debe ser probado, la capacidad de entendimiento de las partes de los resultados científicos a los que se ha llegado, resulta muy relevante para que puedan articular mejor su demanda o contestación, su acusación o su defensa, en función del proceso en que nos encontremos. El problema es que, si no están en condiciones de comprender al menos las claves esenciales de la ciencia que se está aplicando en la causa en esos momentos, difícilmente podrán ejercer su derecho constitucional a la confrontación, es decir, habrá un déficit del principio de contradicción, previsible, pero no por ello despreciable.

Éste es el segundo peligro relevante que presenta la prueba científica. Suele remediarse impidiendo las sorpresas en esta materia (dictámenes inesperados o imprevistos), y dando plazos amplios a la parte que lógicamente no haya dispuesto de ellos (demandado, acusado) para poder estudiar a fondo el dictamen presentado.

Pero en el proceso penal, en donde no existe carga de la prueba, la necesidad de ratificar el perito en el acto del juicio oral su dictamen puede llevar frente a planteamientos novedosos, relacionados con su pericia, de la acusación que lo haya propuesto, a respuestas ininteligibles para la parte contraria, la acusada, lo que puede tener consecuencias graves para su derecho de defensa.

No nos referimos al peligro de que la defensa no pueda confrontar la prueba pericial, pues la contradicción está garantizada formalmente, bien a través de una contraprueba en la fase de instrucción, bien actuando conforme a los intereses de su defendido en el juicio oral. No, nos referimos a que la defensa no sepa cómo confrontar por no entender nada de lo concluido por el perito.

¹⁶ Por identificación indubitada nos referimos en el texto a suficiente a efectos penales, a saber: Identidad de la persona y su sexo, ya que de acuerdo con el art. 4 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y el art. 129 bis CP, no es posible codificar otros genotipos.

¹⁷ Véase ORLANDI, R., *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, en *Medicina Legale - Quaderni Camerti* 1992, págs. 413 y ss.

¹⁸ Es el llamado paradigma de verosimilitud, v. GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, cit., pág. 86.

c) Sustitución del juez por el perito

Quedan dos riesgos que implicar contemplar el problema desde dos puntos de vista distintos. El primero, tercero en realidad, atiende a la posibilidad de que el juez crea siempre al experto, aceptando sin crítica alguna sus conclusiones. Este peligro conlleva una alta preocupación, porque no es infrecuente en la práctica observar cómo, con base en resultados probatorios obtenidos de pruebas científicas, se construyen razonada y motivadamente sentencias que es imposible, a la vista de la configuración del recurso de casación, que puedan ser anuladas. Esto sucede en todo caso si el juez da forma a su valoración adoptando las conclusiones del perito como fundamento principal de la misma¹⁹. Y tampoco debe descartarse que el perito haya expuesto sus resultados de una manera tan completa que el papel del juez quede reducido al mínimo.²⁰

¿Por qué sucede esto? Es muy fácil la respuesta, porque todo el mundo cree que la prueba científica es prácticamente infalible, y al creerlo también el juez, hace que siga casi al pie de la letra sus proposiciones (puede ser), sugerencias (podría ser) y afirmaciones (es).

A mi juicio, aparte de que es necesario instaurar una cultura judicial de control de fiabilidad de la prueba científica, como ha destacado sin fisuras la doctrina experta sobre todo en ADN, pero también en balística, en dactiloscopia e incluso en grafología, ello vulnera el principio de la motivación de las sentencias judiciales del art. 120.3 de la CE, porque en realidad el perito en la práctica está sustituyendo al juez en el razonamiento, al aceptar éste, en una especie de decisión laboral optando por la ley del mínimo esfuerzo, los motivos de aquél.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre este tema, afirmando con contundencia que el perito nunca puede sustituir al juez usurpando su función de valoración de la prueba.²¹ Y no lo dudamos. Pero aquí se está yendo, al intuir el peligro, más allá de lo formal.

d) Valoración de la prueba subyugada

Y, no nos engañemos, finalmente, que la enorme fiabilidad de diversas pruebas, por ejemplo, el ADN, que trataremos a continuación, conlleva en sí misma el grave peligro de que el juez se conforme con los resultados científicos aportados al proceso, sin tener que trabajar más allá, es decir, sin tener que buscar criterios jurídicos objetivos e imparciales que permitan filtrar, de lo científico a lo jurídico, posibles errores profesionales o subjetivismos valorativos del perito²².

¹⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?, cit., págs. 75 y 76.

²⁰ Vide GASCÓN ABELLÁN, M., Prueba científica: Mitos y paradigmas, cit., págs. 85.

²¹ Vide, entre las más recientes, la S TS Sala II núm. 29/2017, de 25 de enero (JUR 2017\25067; Ponente Del Moral García).

²² Véanse ampliamente PÉREZ GIL, op. cit., págs. 155 y ss.; y GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, cit., págs. 85 a 99. Es importante leer las páginas citadas de esta autora, aunque no se compartan todas sus afirmaciones, porque realiza un análisis de la valoración de la prueba pericial importante para intentar superar la contradicción ontológica que esta prueba presenta en este punto concreto.

De esta manera, con relación a este último peligro, relacionado con el anterior como hemos dicho, pero desde otra perspectiva, la valoración judicial de la prueba científica da la impresión de estar subyugada al dictamen del perito, porque al carecer de conocimientos el juez (igual que el Ministerio Fiscal y los abogados de las partes) sobre cómo se ha llegado a los resultados expuestos, no es posible una confrontación efectiva (recordemos, la contradicción está enmascarada) de los mismos. Estadísticamente esto es irrefutable en la práctica. Pero también lo es jurídicamente que la prueba pericial no es una prueba legal, en ningún proceso²³.

Y el problema no es tanto que el juez dé la razón al perito y funde con sus conclusiones la decisión, cuanto apartarse de ellas y motivar una valoración contraria, porque ello exige no una apreciación objetiva del modo de proceder y razonar el perito por parte del juez que logre su convencimiento, sino sencillamente, sustituir los conocimientos científicos del perito por otros, los del juez, algo impensable porque carece de ellos por ley natural.

Desde otra perspectiva, si los estándares probatorios siguen siendo los clásicos, la capacidad de decisión “judicial” del perito es más que un peligro, es una realidad, porque la práctica demuestra también indubitadamente que lo que dicen los peritos científicos generalmente no se discute, convence, y cuanto mayor sea el progreso científico y su impacto en la sociedad, mayor peligro existirá.²⁴

La clásica resolución del problema, a saber, que el juez siempre debe controlar que los razonamientos científicos sean lógicos desde el punto de vista jurídico, argumentando razonadamente su convencimiento a favor o en contra, parece hoy notoriamente insuficiente²⁵, especialmente cuando en la misma causa existen dictámenes periciales contradictorios.

Qué duda cabe que ayudará mucho, para que ello no se produzca, que el juez tome la iniciativa del interrogatorio al perito hasta que definitivamente haya comprendido a efectos jurídico-procesales lo esencial de los resultados probatorios obtenidos, que no es otro que una probabilidad fiable de veracidad de un hecho.²⁶ Esto evitará, o al menos paliará de manera clara, que la prueba científica se presente *a priori* como un complejo dogma de fe para el juez, por tanto infalible e imprescindible.

Dado que el tema de la valoración judicial presenta otros aspectos de importancia, volveremos *infra* más ampliamente sobre ella.

²³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?, cit., pág. 74.

²⁴ El análisis de esta cuestión, en cierto sentido filosófico también, es uno de los temas nucleares de la prueba científica, v. TARUFFO, M., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, cit., págs. 87 a 99; y, del mismo autor, TARUFFO, M., *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2005, núm. 114, págs. 1285 a 1312.

²⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*, cit., pág. 101, propone la utilización del Teorema de Bayes (v. *infra*) para ayudar a una mejor valoración de la prueba científica. En mi modesta opinión, esto implica que el juez aprenda matemáticas, una solución de momento inimaginable para nosotros de momento; y, por otra parte, tampoco es seguro que una fórmula matemática comprenda la complejidad del razonamiento judicial, pues si así fuera, ya se habría judicializado.

²⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?, cit., pág. 80.

II. RELACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA CON EL ADN, LA PRUEBA CIENTÍFICA MÁS RELEVANTE.-

Una vez expuestas nuestras opiniones sobre la prueba científica, debemos entrar ya directamente en la más importante de ellas, hoy en día, no sólo por su alta fiabilidad, que ya sería un argumento suficiente, sino, sobre todo, por los muchos problemas prácticos que su tímida y pausada introducción normativa, iniciada hace poco, y que por tanto nos enfrentan a una “prueba nueva”, están planteando.

Así, ubicado el ADN en el contexto de la prueba científica, que es el lugar que le corresponde, debemos extraer, de lo expuesto hasta aquí, las consecuencias que nos permitan averiguar la verdad, sobre todo exculpar al inocente, que siguen siendo los fines más importantes del proceso penal.

Tras una introducción al tema, analizaré las garantías constitucionales y derechos afectados en general por esta prueba, los problemas que plantea la asistencia letrada durante su ejecución, las consecuencias de la negativa del imputado a la práctica del análisis, y, finalmente, la valoración judicial de los resultados obtenidos.²⁷

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Realizar un análisis del Ácido Desoxirribonucleico (ADN, o NDA en sus siglas en inglés) en una huella o vestigio de naturaleza biológica, de cara a la averiguación de un hecho criminal y de sus circunstancias, así como de su posible autor o autores, plantea científica y jurídicamente una compleja problemática.²⁸

El ADN es una clase de ácido nucleico, es decir, una macromolécula que forma parte de todas las células de un organismo vivo, de un cuerpo humano por ejemplo, cuya importancia es trascendental porque contiene la información genética que determina el desarrollo y el funcionamiento de los seres vivos, aunque nos interesan en principio sólo las personas, así como de algunos virus, siendo además este ácido el responsable de la transmisión hereditaria de esa información.

Su estructura fue descifrada por Francis Harry Compton CRICK y 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.²⁹

²⁷ Otras cuestiones como los requisitos de legalidad ordinaria sustantivos y procesales, la realización de la prueba, la toma de muestras, la cadena de custodia, el procedimiento, su práctica en el juicio oral, etc., menos interesantes ahora, pueden verse en mi artículo GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, págs. 36 y ss.

²⁸ Debe consultarse en este punto al máximo experto español sobre la materia, v. DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, cit., *passim*; y, del mismo autor ahora como director, *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid 2012.

²⁹ Véase sobre este apasionante descubrimiento ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *El análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 9 y ss. Más escuetamente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis de ADN”, en AA.VV. en *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI-2004, pág. 211 a 213.

Su importancia procesal penal reside en que, gracias a los avances de la genética como especialidad de la medicina, el ADN está resultando decisivo para averiguar si determinados hechos y sus circunstancias son delito y, si lo son, averiguar quién o quiénes han sido sus autores. Por poner sólo un ejemplo inmediatamente comprensible, en casos como los del 11-S en USA o el 11-M en nuestro país, dos de los atentados terroristas más significativos de nuestra reciente historia, la prueba del ADN ha sido un instrumento esencial para la identificación no sólo de los sospechosos sino también de las víctimas y desaparecidos.

El ADN se utilizó en el proceso penal por vez primera como prueba en 1985, en Inglaterra, por el médico genetista Alec JEFFREYS 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 Buckland³⁰.

Debo avanzar sucintamente, porque ahora no interesa demasiado detenerse en este punto, salvo por los efectos pedagógicos que conlleva, que su desarrollo es hoy en día espectacular, por la siguiente razón: Existen casos concretos, a saber, cuando con ocasión de la comisión de un delito aparecen huellas o vestigios biológicos humanos, bien en el cuerpo que yace sin vida, bien esparcidos en la escena del crimen, en los que la única manera de averiguar si el hecho es punible y, si lo es, quién entre varios posibles sospechosos lo ha cometido, es dejar que un laboratorio especializado los analice fijando científicamente el carácter delictivo del hecho y quién es su autor con un grado de probabilidad altísimo. Ese análisis tiene lugar mediante la utilización del análisis del ADN de los presuntos autores para, de entre ellos, seleccionar a aquél o aquéllos cuyo ADN coincida con el de las huellas o de los vestigios biológicos humanos también analizados con idéntica técnica.

Según la literatura científica, con esta prueba se procede a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles de ADN (Teorema de BAYES)³¹, 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 que me referiré más adelante).

Pues bien, atendidas esas precisiones, el análisis del ADN de una persona sería una prueba científica, porque formaría parte de la Medicina Forense, convirtiéndose en una especialidad de la misma, la Genética Forense³².

³⁰ Así, DOLZ LAGO, M.J., *ADN y derechos fundamentales*, La Ley 12 de enero de 2012, pág. 1.

³¹ Véase CARRACEDO ÁLVAREZ, A., *Valoración de la prueba de ADN*, en MARTÍNEZ JARRETA, M.B. (Dir.), “La prueba del ADN en Medicina Forense”, Ed. Masson, Barcelona 1999, págs. 304 y ss. Véanse también FINKELSTEIN, M.O. / FAIRLEY, W.B., *A Bayesian approach to identification evidence*, LHR 1970, vol. 3, núm. 3, *passim*; ROMEO CASABONA, C.M. / ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2010, págs. 40 y ss; MUÑOZ ARANGUREN, A., *La valoración judicial de la prueba de ADN: Estadística y verdad procesal. A propósito de la STS núm. 607/2012, de 9 de julio de 2012*, Revista Derecho y Proceso Penal 2013, núm., 30, págs. 287 y ss. Véase también la ponencia de Ángel CARRACEDO ÁLVAREZ en este libro.

³² CARRACEDO ÁLVAREZ, A., *Valoración de la prueba de ADN*, en MARTÍNEZ JARRETA, M.B. (Dir.), “La prueba del ADN en Medicina Forense”, cit., pág. 301. Véase también SUÁREZ-QUIÑONES Y

Como tal prueba científica tiene dos vertientes, la profesional, y la procesal. A ello nos hemos referido con carácter general antes. Aquí trataré de la segunda, obviamente.

1ª) Desde el punto de vista jurídico se debe abordar a título de ejemplo toda la problemática jurídica de la toma de muestras del ADN en sus diferentes situaciones (muestras abandonadas, intervenciones corporales, aportaciones voluntarias...), su régimen jurídico (por ejemplo, ¿es una facultad policial o potestad judicial su adopción?, consentimiento o no del afectado, asistencia letrada, etc.); también se deben precisar los delitos susceptibles de tomas de muestras (como aquéllos que dejan huella biológica o no, etc.). Interesa también y mucho considerar la valoración procesal de la prueba de ADN (por ejemplo, tratamiento de las muestras obtenidas subrepticia aunque no ilícitamente, etc.).

2ª) Desde el punto de vista científico deberían tratarse las bases de datos de ADN y en particular los temas del derecho a la intimidad genética o autodeterminación informativa, acceso, modificación y cancelación de las inscripciones (como actuación de oficio o a instancia de parte), el uso y cesión de esos datos inscritos, compromisos internacionales, como el Tratado de Prüm,³³ etc.

El tema a analizar es además desde el punto de vista práctico interdisciplinar, pues su contenido abarca tanto el Derecho Procesal Penal, el Derecho Penal, como el Derecho Policial, además del Derecho Constitucional. Esto hace que su estudio posea un valor añadido, pues hasta ahora generalmente los análisis sobre esta materia se han abordado en forma sectorial o parcial, y no con este carácter global, con alguna honrosa excepción.

La exposición que sigue quiere abordar ahora un análisis crítico concreto de la situación jurídica en mi país (al final nos referiremos a los demás), en donde el tema es bastante novedoso, pues como veremos, sólo en el año 2003 se aprobó en España 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 ha sido sino hasta finales de 2008 cuando efectivamente se ha regulado dicha Comisión, cumpliendo el mandato legislativo.

Un aspecto final clave en la prueba científica que necesariamente debe abordarse es el de su valoración, tema sobre el que ya hemos avanzado opinión, pues choca con el principio de la lógica, al menos, que siendo técnicamente pruebas prácticamente fiables al cien por cien en cuanto a sus resultados, su aplicabilidad en el proceso penal dependa sin embargo de la voluntad racional del juez. Pero una cosa es la valoración científica y otra muy distinta la valoración judicial. Determinando la prueba del ADN quién ha sido indubitadamente el autor del delito, el juez puede rechazar la prueba y absolver al acusado en uso del principio de la libre valoración de la prueba en el proceso penal. La manera hasta ahora encontrada para salvar este escollo, exigir una especial motivación cuando el juez se aparte de la prueba científica, debe someterse a revisión ante la inseguridad jurídica que provoca, sin que se llegue a sostener el carácter probatorio legal de dichas pruebas.

FERNÁNDEZ, J.C., *Nuevos retos biológicos en la investigación criminal*, en <http://es.scribd.com/doc/135483318/Informe-Retos-Biologicos-Investigacion-Criminal>, págs. 6 a 8.

³³ Pero no lo vamos a hacer aquí por exceder con mucho del objeto introductorio del presente texto. Puede verse una aproximación jurídica en PÉREZ MARÍN, M.A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 200 y ss.

Téngase en cuenta también que 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 hacer³⁴.

No olvidemos que 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 esos derechos fundamentales.

La legislación española es relativamente parca desde el punto de vista procesal a la hora de considerar el análisis del ADN³⁵. La LECRIM sólo dedica cinco preceptos directamente al tema:

a) Los cuatro primeros, a saber, los arts. 326, 363, y 778.3 y la Disposición Adicional Tercera se reformaron (y la disposición adicional se añadió) por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ley que sustancialmente representó por otra parte una reforma importante del Código Penal de 1995, entre otros temas, en materia de penas.³⁶

³⁴ A los miembros de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN les ha correspondido 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 los análisis de ADN, los cuales están íntimamente relacionadas con toda la problemática que suscita la genética en el ámbito forense y la protección de los derechos fundamentales.

³⁵ Para la situación anterior a la descrita en texto, v. ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *El análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 49 y ss.; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, tomo 36, 2001, págs. 1845 y ss.; y GOYENA HUERTA, J., “Las intervenciones corporales coercitivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 695, 2005, págs. 2 y 3. Véase la ponencia de CORTÉS BECHIARELLI, E., *Panorama legislativo de la prueba de ADN en España: Consideraciones críticas*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “La prueba de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 117 y ss.

³⁶ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha añadido el art. 129 bis CP: Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el Juez o Tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Se trata por tanto de un acto de investigación, tomar muestras del ADN del ya condenado, que se puede acordar coactivamente tratándose de uno de los delitos fijados en el párrafo primero del precepto, para introducir los identificadores resultantes en una base de datos policial que, en caso de futuros delitos, facilite la identificación correspondiente. La novedad es la identificación específicamente del ya condenado. Una medida que no va a dejar de ser objeto de gran discusión, porque en cierta manera, aunque se configure como medida post-delictual, recuerda a las medidas de seguridad por peligrosidad pre-delictual, que, al reflejar un Derecho Penal de autor, parecían definitivamente abandonadas en nuestro sistema judicial, aunque su origen sea algo tan noble como la protección del menor, en particular frente a delitos sexuales cometidos contra ellos (v. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y en particular su DF-17^a, que crea el Registro Central de Delincuentes Sexuales).

b) El quinto, el art. 520.6-c), II, se ha añadido por la modificación de la LECRIM operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El contenido básico de dichos preceptos hace referencia a la recogida de huellas y vestigios biológicos con ocasión de la práctica de una inspección ocular (art. 326, III); requisitos de la práctica de análisis químicos y obtención de muestras biológicas del imputado como diligencias de investigación (arts. 363 y 778.3). La Disposición Adicional 3ª de la LECRIM regula básicamente la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. El art. 520.6-c), II, por su parte, se refiere al ejercicio del derecho de defensa con ocasión de la práctica del frotis bucal. Serán recogidos literalmente en su lugar oportuno.

Es evidente que por referencia o remisión van a resultar aplicables más preceptos, pero la regulación hasta hace poco vigente era notoriamente insuficiente, particularmente en cuestiones técnicas, de ahí que se tuviera que aprobar legislación específica, constituida por la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; y el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

Desde el punto de vista europeo e internacional nos afectan diversas normas. Destacaré ante todo el ya citado Tratado de Prüm de 2005 (Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, Instrumento de ratificación de España BOE del 25 de diciembre de 2006).

Este Tratado firmado en la ciudad alemana de Prüm (Renania-Palatinado) reviste una importancia crucial para los países firmantes en materia de creación de ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de persecución de los delitos, porque permite su utilización compartida por todos ellos consultando los llamados índices de referencia, que contienen los perfiles de ADN o modelos de identificación del ADN³⁷.

En cuanto a la Unión Europea, deben consultarse:³⁸

a) La Resolución del Consejo de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (DO C 193 de 24.6.1997, págs. 2 y 3).

b) La Resolución del Consejo de 25 de junio de 2001 relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (DO C 187 de 3.7.2001, págs. 1 a 4);

c) La Recomendación del Consejo de Europa y del Comité de Ministros (92) 1, de 10 de febrero de 1992.

³⁷ DOLZ LAGO, M.J. (Dir.), *La prueba pericial científica*, cit., pág. 63.

³⁸ Vide CABEZUDO BAJO, M.J., *El régimen de protección del dato de ADN en la Unión Europea y en España: Planteamiento de la cuestión, que puede consultarse en* <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9155/2%20Cabezudo%20Bajo%20307-318.pdf;jsessionid=6CC4DB0D678AB2B27453181F547E2B41?sequence=3>

d) La Recomendación del Consejo 82/472/CEE, de 30 de junio de 1982, relativa al registro de los trabajos en los que intervenga el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante (DO L 213 de 21.7.1982, p. 15 y 16).

e) La Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C 296/01).

f) La Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio.

2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS AFECTADOS EN GENERAL

Debemos distinguir entre requisitos constitucionales y ordinarios si queremos tener una visión jurídica completa de los presupuestos de validez de esta prueba.

A) La doctrina experta en esta prueba afirma con claridad que los derechos fundamentales afectados pueden ser aquí muchos, aunque no todos son igualmente importantes, ni desde luego tiene las mismas consecuencias su vulneración para el resultado final del proceso³⁹. En este sentido se dice que estarían afectados:

1º) El derecho a la libertad de movimientos o ambulatoria (art. 17.1 CE);

2º) El derecho a la integridad física (art. 15 CE);

3º) El derecho a la intimidad (art. 18.1 CE);

4º) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (*nemo tenetur se ipsum accusare*, arts. 17.3 y 24.2 CE); y

5º) El derecho de defensa (art. 24.2 CE).

Podría pensarse incluso que están en riesgo además el principio de legalidad y el principio de intervención judicial (arts. 24 y 25 CE).⁴⁰

Pero de todos ellos, interesan en realidad dos, por las razones que explicaré:

a) La asistencia letrada del sospechoso o imputado para la práctica de la prueba (derecho de defensa, art. 24.2 CE); y

³⁹ Véanse sobre esta importante cuestión ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 189 y ss.; DOLZ LAGO, M.J., *ADN y derechos fundamentales*, cit., págs. 3 y 4; DOLZ LAGO, M.J., *ADN y derechos fundamentales*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “La prueba de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 69 y ss.; ROMEO CASABONA / ROMENO MALANDA, *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 51 y ss.; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada 2008, págs. 93 y ss.; PÉREZ MARÍN, M.A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 39 y ss.; y SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J.C., *Nuevos retos biológicos en la investigación criminal*, cit., pág. 14.

⁴⁰ Véase ROMEO CASABONA, C.M., *Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia*, en MARTÍNEZ JARRETA, M.B. (Dir.), “La prueba del ADN en Medicina Forense”, cit., pág. 10.

b) La negativa a colaborar del imputado en la práctica de la prueba del ADN (derecho a no declararse culpable, arts. 17.3 y 24.2 CE).

Las normas de desarrollo de la práctica de la prueba tienen que ser por tanto respetuosas con estos derechos constitucionales, y en este sentido debe indicarse que la legislación exige básicamente que la adopción de la medida esté justificada, que sea proporcionada y, en caso de negativa del sospechoso o imputado, que exista autorización judicial⁴¹:

1ª) La justificación de la medida se concreta en el art. 363, II LECRIM al afirmar “siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen”.

Se trata de una autorización general que requiere un análisis de procedencia en cada caso concreto. Cuando se esté ante un delito grave, o ante uno de los enumerados por la LO 10/2007 (v. *infra*), y sea evidente que para esclarecer los hechos es necesario el análisis del ADN, se entenderá que existe justificación suficiente para la adopción y práctica del acto.

2ª) La proporcionalidad se mide en función de la gravedad del delito cometido, del sujeto a investigar y de las circunstancias del hecho.⁴²

El art. 363, II recoge específicamente esta exigencia constitucional, vinculando los principios de proporcionalidad (prohibición del exceso) y razonabilidad (acceso lógico al fin perseguido) del acto de investigación a practicar.

3ª) La exclusividad jurisdiccional o exigencia de autorización judicial es el requisito constitucional más importante, porque el juez debe fundar la adopción de la medida explicando la concurrencia de los demás presupuestos constitucionales. Se concreta en la necesidad de que el juez dicte un auto, que es la resolución motivada a que se refiere sin mentarla el art. 363, II LECRIM.

En principio, es imprescindible el auto si se va a utilizar la coacción o fuerza, porque nada hay regulado en nuestro Derecho al respecto y están en peligro, recordemos, varios derechos fundamentales (v. *infra* no obstante lo que decimos al respecto)⁴³. Por tanto, aunque no lo diga el precepto, la autorización judicial debe ser necesaria cuando el sujeto se niegue o no preste su consentimiento el sospechoso o imputado.

⁴¹ Véase la doctrina jurisprudencial sobre el art. 363 LECRIM, recogida y sistematizada por Miguel Ángel Encinar del Pozo, Carlos Águeda Holgueras, María Luisa Corbacho Simón, Ana Belén Nevado Holgado, Carlos Prat Westerlindh, María Jesús Raimundo Rodríguez, si bien hasta diciembre de 2011, en TOL2.283.557. Este precepto es analizado en varias de las ponencias de mi libro GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “La prueba de ADN en el proceso penal”, cit., muchas de ellas recogidas en nota en este texto.

⁴² SOLETO MUÑOZ, H., La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 118.

⁴³ SOLETO MUÑOZ, H., *op. et. loc. cit.*

Por otra parte, la autorización judicial garantiza en principio que las muestras biológicas indispensables para la determinación de su perfil de ADN son auténticas,⁴⁴ algo muy importante en la cadena de custodia (a la que no nos podemos referir en este texto).

B) Existen, además, en desarrollo de la protección constitucional, unos requisitos de legalidad ordinaria que deben observarse en la adopción y ejecución de esta prueba. Pueden ser tanto de Derecho Penal sustantivo como de Derecho Procesal Penal.

1.- De Derecho Penal sustantivo:

En primer lugar, debe indicarse que no en todo proceso penal puede practicarse la prueba de análisis de ADN. Para ello el proceso tiene que haberse incoado por un hecho punible o varios de relevancia, ya que legalmente la toma de muestras de ADN únicamente procede en caso de delitos graves, de acuerdo con el art. 3.1, a) de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Para que no haya ninguna duda, ese mismo precepto indica qué delitos son graves a estos efectos. Téngase en cuenta que no siempre se trata de delitos en los que hay constancia cierta de que dejan huellas o vestigios, pues el ADN se encuentra en las siguientes muestras biológicas: Sangre, semen, saliva, pelo, uñas, dientes, huesos, escamas y tejidos,⁴⁵ pero sí constituye el listado un desarrollo que acredita el cumplimiento del requisito de la justificación. Son éstos:

1. Delitos contra la vida,
2. Delitos contra la libertad,
3. Delitos contra la indemnidad o la libertad sexual,
4. Delitos contra la integridad de las personas,
5. Delitos contra el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas,
6. Delitos cometidos en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.

Obsérvese que no es un listado cerrado, pues delito grave es todo aquél que esté castigado con una pena superior a los 5 años de prisión (art. 33.2 CP), por lo que debe concluirse que el listado de delitos en los que se puede tomar o recoger muestras, vestigios o restos biológicos para analizar el ADN es muy amplio.⁴⁶

⁴⁴ SOLETO MUÑOZ, H., La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, cit., pág. 130.

⁴⁵ SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J.C., *Nuevos retos biológicos en la investigación criminal*, cit., pág.13.

⁴⁶ Un listado muy valioso se elaboró por la CNUFAD, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Ministerio de Justicia. Véase la Memoria de Actividades de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN correspondiente a 2014, que se puede consultar en https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/CNUFADN%20MEMORIA%202014%20CASTELLANO.pdf?idFile=78c21a64-1b15-460e-97c1-9c7ec62debb7. No están recogidos los delitos afectados por la reforma del CP en 2015, obviamente, en esa información. Desearíamos una pronta actualización.

2.- De Derecho Procesal Penal:

Los requisitos son fundamentalmente: La necesidad de que exista una investigación criminal en marcha, y que la persona sea al menos sospechosa, aunque lo normal es que esté detenida y sea imputada (investigada), de acuerdo con la DA-3ª de la Ley Orgánica 10/2007, cit. Con ello, además de cumplirse procesalmente con el requisito de la justificación, se concreta el requisito de la proporcionalidad.

a) El art. 3.1, a) de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se refiere a datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos recogidos “en el marco de una investigación criminal”.

Por tanto, no es posible obtener muestras para averiguar el ADN en relación con una persona de la que se sospecha que puede haber cometido el delito fuera de un proceso penal, si no está incoado el proceso penal.

Sí es posible la toma de muestras, huellas o restos biológicos de personas no sospechosas para otros fines, obviamente, pero relacionados con una investigación criminal, lo que permite tomar restos de cadáveres para analizar si no se sabe con certeza si su muerte fue natural, accidental o criminal.

b) Si el proceso penal está ya en marcha, puede que una persona esté imputada, en cuyo caso no hay problema alguno para cumplir el requisito de que exista al menos una persona sospechosa, pero puede que no.

La pregunta entonces es si basta con el grado de sospechoso (sería una clase de imputación, previa a la formal o judicial, no prevista por la legislación procesal penal española aunque se hagan muchas referencias a él)⁴⁷. La respuesta debe ser afirmativa, con fundamento en el propio art. 363, II LECRIM, y en el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005.

El problema es que debería haberse regulado un mínimo estatuto jurídico del sospechoso, pero como no ha sido así, debemos entender que sospechoso es equiparable, a efectos de su protección, a investigado, el antiguo imputado (detenido o preso), de ahí que en este texto hagamos continuas referencias a ambos. No es un tema baladí, porque si se es sospechoso no se goza del derecho de defensa, y si se es investigado (imputado), sí.

El tema de si es posible tomar muestras para analizar el ADN de terceros personas vivas, por tanto, de sujetos que no son ni sospechosas ni imputadas no está resuelto en nuestra legislación, por lo que hoy por hoy no es posible si ellas no acceden voluntariamente. La jurisprudencia española, a diferencia por ejemplo de Alemania o Italia (v. *infra*), no lo permite todavía⁴⁸. Pero esta situación podría haber cambiado si se hubiera aprobado el Proyecto de

⁴⁷ SOLETO MUÑOZ, H., La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, cit., pág. 111.

⁴⁸ Así, DOLZ LAGO, M.J., La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica, cit., pág. 675.

nueva LECRIM del gobierno del PP al que me referiré más adelante, porque permitía en su art. 289 tomar muestras de terceros⁴⁹.

Todos los requisitos de legalidad ordinaria son controlables jurisdiccionalmente y, por supuesto, pueden ser puestos de manifiesto por las partes en el acto del juicio a la hora de realizarse la prueba sobre los resultados obtenidos.

3. LA DELICADA CUESTIÓN DE LA ASISTENCIA LETRADA.-

La primera cuestión problemática antes aludida es la relativa al derecho de defensa del sospechoso o imputado sobre el que se va a practicar una prueba de ADN.

La cuestión que debemos formularnos es si el art. 17.3 CE y su desarrollo por el art. 520.2-a) y art. 520.6-c), II LECRIM tienen aplicación en la práctica del análisis del ADN.

La pregunta es pertinente porque desde una jurisprudencia de hace unos 15 años, el detenido tiene derecho a la asistencia letrada cuando se le pida el consentimiento para entrar en su domicilio⁵⁰. Es lícito por tanto preguntarse si también tiene derecho a la asistencia letrada para la toma de una muestra, huella, resto o vestigio de su ADN, porque se le va a preguntar antes de practicarla si consiente en ello.

Las líneas jurisprudenciales al respecto representan la siguiente evolución:

a) El punto de partida fue el siguiente: Si las huellas, vestigios, restos o muestras biológicas han sido abandonadas por el sospechoso, la policía puede recogerlas sin necesidad de autorización judicial⁵¹.

Si esas huellas, vestigios, restos o muestras no están abandonadas y hay que proceder a su recogida o toma, no es necesaria ni la información de derechos ni la asistencia letrada del sospechoso o detenido para extraer muestras para un análisis de ADN, basta con la autorización judicial⁵². Pero este Acuerdo de 2005, anterior a la citada Ley Orgánica 10/2007, ha quedado prácticamente derogado por el Acuerdo de 24 septiembre 2014, que veremos inmediatamente.

Como se ve, unas reglas jurisprudenciales demasiado sencillas para la enorme casuística que en la realidad podía producirse, de ahí que pronto empezaran a cambiar las cosas.

⁴⁹ LÍBANO BERISTÁIN, A., La práctica de análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal, Revista Justicia 2010, núms. 3-4, págs. 203 y ss.

⁵⁰ DOLZ LAGO, M.J., *ADN y derechos fundamentales*, cit., pág. 4. Para no reiterar la jurisprudencia, nos remitimos a la ponencia al respecto de CADENA SERRANO, F.A., *El ADN en la doctrina del Tribunal Supremo*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “La prueba de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 143 y ss.; y al libro de DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, cit., pág. 667.

⁵¹ Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006: “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

⁵² Según el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005 (publicado el 3 de octubre del mismo año), en estos casos: “El Art. 778.3 LECrim., constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia”.

b) El desarrollo posterior fue el siguiente: Varias sentencias no siempre claras y a veces contradictorias empezaron a matizar. Primero se dijo que no era necesaria la asistencia letrada, recordemos, pero una importante sentencia, de ponente muy conocido, dejó sentado *obiter dicta* que la defensa letrada debería ser necesaria para la recogida o toma de muestras no abandonadas.⁵³

El TC y el TS hasta ahora exigían la asistencia letrada únicamente cuando la ley así lo contemplaba, dado que no es una exigencia genérica de la LECRIM para todos los actos de instrucción en que el imputado tenga que estar presente.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *S. and Marper v. United Kingdom* avalaría esta interpretación para España⁵⁴.

Pero las cosas no son tan sencillas y, de nuevo, la casuística ha hecho que se vuelva sobre este tema.

Por eso el Tribunal Supremo dictó el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda, con fecha 24 de septiembre de 2014, que dispone:

“ÚNICO PUNTO:

PRIMERO: Si la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia del Letrado cuando el imputado se encuentre detenido

SEGUNDO: Si es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral.

ACUERDO: La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.”

c) La reforma de la LECRIM de 2015: En consonancia con esta línea hipergarantista, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre reformó, entre otros muchos, el art. 520 LECRIM, que regula el derecho de defensa, disponiendo concretamente en su apartado 6-c) que:

“6. La asistencia del abogado consistirá en:

...

⁵³ Citemos como ejemplo de ello la S TS Sala II núm. 685/2010, de 7 de julio (RJ\2010\7322; Ponente: Marchena Gómez), y la S TS Sala II núm. 734/2014, de 11 de noviembre, RJ \2014\5694; Ponente: Andrés Ibáñez). Véase específicamente sobre estas sentencias los acertados comentarios de DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, cit., págs. 111 y ss.

⁵⁴ S TEDH de 4 de diciembre de 2008. Véase un comentario sobre esta sentencia en DE HOYOS SANCHO, M., *Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN*, Estudios de Derecho Judicial núm. 155, CGPJ – Escuela Judicial, Madrid 2009, págs. 215 y ss.

c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones 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.

...”

d) Las consecuencias prácticas: Hoy tendríamos que estar a las siguientes consecuencias, teóricamente, a la vista de estas últimas evoluciones.

En primer lugar, la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos⁵⁵, pero conforme a la reforma de 2015 de la LECRIM ahora, frente a una oposición por parte del investigado, es posible su obtención coactiva, garantizando la presencia de su abogado, ya que le debe aconsejar sobre las consecuencias de prestar o no su consentimiento, lo que significa que está a su lado con él en ese momento (art. 520.6-c), II).

Quizás afecte al derecho a la intimidad, pero en forma muy leve, de ahí que la LO 10/2007, cit., en su art. 4 se ocupe de esta cuestión: Inscripción de ADN no codificante⁵⁶ de datos concretos a efectos únicamente identificativos. La ley obliga ahora a respetar su dignidad y a guardar el principio de proporcionalidad.⁵⁷

En segundo lugar, la asistencia letrada al detenido se limitaba hasta ahora a los interrogatorios y a los reconocimientos de identidad (en rueda), pero a partir de ahora y en las tomas de reseñas genéticas, la defensa debe estar presente. En donde no lo está porque sería absurdo es en la ejecución de la prueba de ADN que se realiza en los laboratorios oficiales. Ya intervendrá la defensa de nuevo, si lo desea, en las conclusiones a efectos de valoración de la prueba pericial en el juicio oral, en donde se garantiza sin fisuras el principio de contradicción. En definitiva, aunque la recogida o toma de muestras, huellas, vestigios o restos biológicos sólo constituya un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, es ahora la LECRIM la que dispone expresamente la necesidad de dicha asistencia letrada para la práctica de este acto de investigación.

En la toma o reseña de huellas dactilares, en tanto en cuanto podría pensarse que estamos ante una diligencia de identificación también, la presencia de abogado no está justificada, porque ni siquiera se requiere que el detenido esté de acuerdo (con base en el art. 282 LECRIM), por lo que el art. 520.6-c), II es inaplicable. Además, de acuerdo con

⁵⁵ La jurisprudencia así lo confirma. v. DOLZ LAGO, M.J., La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica, cit., pág. 669.

⁵⁶ A efectos jurídicos, ADN codificante (el 3% aproximadamente) es el que almacena la información genética del individuo (por eso se les llama genes). En cambio, el resto, el ADN no codificante, se llama así porque se ha entendido hasta ahora que no era útil para la identificación de la persona, ya que no cumplía ninguna función relevante, pero esto está siendo discutido en profundidad en estos momentos por los genetistas, que creen que sí cumple funciones muy importantes (activar o desactivar a los genes nada menos). El que queda inscrito y registrado en las bases de datos es precisamente el no codificante.

⁵⁷ DOLZ LAGO, M.J., *ADN y derechos fundamentales*, cit., pág. 4.

jurisprudencia no controvertida, la reseña dactilar no es una diligencia de reconocimiento (a que se refiere el art. 520.6-b), dado que éstas se restringen al reconocimiento en rueda.

Obsérvese que ahora da igual que el resultado no sea incriminatorio, ya que no es una declaración netamente incriminatoria, y también es irrelevante que al poder favorecer al detenido, la solución mejor hubiera sido desaconsejar la intervención letrada para no perjudicarlo.

Pero lo cierto es que esa misma realidad se imponía en la práctica de esta prueba, porque si el detenido o sospechoso se negaba a someterse a la toma de muestras, aunque existiese autorización judicial, en la práctica no se recogía o tomaba ninguna muestra, porque la jurisprudencia del TS exigía habilitación legal para ello y todavía no la había, a pesar del art. 363 *in fine* LECRIM, y a pesar de que los *obiter dicta* no forman parte del acervo jurisprudencial⁵⁸.

Parece ante todo una práctica más que muy garantista, excesivamente temerosa por las posibles consecuencias negativas que para la policía podría tener si se declarara nula la práctica de la toma de ADN. Y ésa es la práctica que finalmente ha sido acogida por la ley.

En el fondo, exigir asistencia letrada para la toma de una muestra de ADN, que no es una declaración en ningún caso, es desconocer que el proceso penal de un Estado de Derecho también debe proteger al Estado y a la víctima, no sólo al presunto delincuente hasta que sea condenado. Un retraso, un recurso, puede ser fundamental para que fracase la averiguación del crimen y sus circunstancias. Y en nada perjudica al derecho de defensa, puesto que cuando llegue el momento de declarar ante la policía, la fiscalía o el juez, ya estará presente y podrá decir en defensa de su cliente lo que considere más conveniente.

4. LA NEGATIVA DEL IMPUTADO A LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS.-

El proceso penal sólo puede dirigirse contra persona identificada, pues en caso contrario debe sobreseerse provisionalmente (con fundamento en el art. 641-2º LECRIM), o, previamente, no pueden continuar las investigaciones sencillamente. Por tanto, si deseamos evitar estos fracasos iniciales del proceso penal, hay necesidad desde el principio, desde la misma comisión del delito y consiguiente apertura de las investigaciones, de identificar a la persona que pueda haberlo cometido. Esa persona puede querer colaborar con la Justicia o no. Si no lo hace, empiezan los primeros problemas graves que ha debido afrontar la jurisprudencia⁵⁹.

La identificación consiste en averiguar quién es la persona a la que se requiere la toma de muestras, huellas restos o vestigios, por un lado, pero por otro y también determinar razonablemente si esa misma persona es la que pudo haber cometido el delito o no. Identificar

⁵⁸ DOLZ LAGO, M.J., *ADN y derechos fundamentales*, cit., págs. 2 y 3.

⁵⁹ Recogida, respecto a la regulación anterior, por GOYENA HUERTA, J., *La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: Consecuencias procesales*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 367, 1998, *passim*. Para la vigente, SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, cit., págs. 188 y ss. Véase también SALOM ESCRIVÁ, J.S., *Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “La prueba de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 171 y ss.

a la persona e identificar al autor son las dos caras de la misma moneda en el terreno que ahora nos estamos moviendo.

Si no es posible de una manera fácil proceder a dicha identificación, los órganos públicos de persecución tienen la obligación de proceder a ello cumpliendo la ley y de acuerdo con ella.

El tema surge, por tanto, cuando la identificación no la da voluntariamente el propio sospechoso, denunciado o querellado. Dos problemas se plantean entonces, a resolver conforme al alcance del derecho constitucional a no declararse culpable ni a declarar contra si mismo, antes indicado, el venerado principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

1º) El primer problema es establecer las consecuencias procesales de la negativa a identificarse.

Pues bien, la primera consecuencia según la jurisprudencia del TC y del TS español⁶⁰ es permitir que la negativa sea valorada por el tribunal como indicio en contra del acusado, a valorar conjuntamente con las demás pruebas de cargo existentes.

El tema es complejo, porque en realidad estamos ante una coacción moral, pues o se identifica el sospechoso o es juzgado y condenado. Pero en numerosas ocasiones, es la única manera de llegar a conclusiones razonables. Si el acusado, haciendo uso de su libertad de pensamiento, mente o se niega a identificarse, el Estado puede defenderse ordenando al juez que valore esa conducta en su contra. Obsérvese que no se obliga al imputado a declarar o a confesar, prohibición que está protegida por la Constitución y sería un caso claro de prueba ilícitamente obtenida (a los efectos de los arts. 24.2 CE y 11.1 LOPJ), sino a una identificación, que es una pericia, para la que el hecho de colaborar es determinante.

Por tanto, no se vulneraría la CE si se le exige identificación, porque no se le pide declarar, sino verificar una prueba técnica.⁶¹

2º) El segundo problema es cómo obviar la voluntad contraria del sospechoso y acudir a otros medios para obtener la identificación e incorporarla al proceso.

La LECRIM ha previsto esta situación obligando al juez en este caso a acudir a otros medios probatorios si mediante ellos se puede llegar a resultados relevantes para la investigación. Ello puede hacerse por vía directa o indirecta⁶²:

a) La vía directa para la identificación es la que lleva a recoger directamente la muestra, huella o vestigio del cuerpo del sospechoso, de acuerdo con lo expuesto aquí.

⁶⁰ Por todas, S TC 161/1997, de 2 de octubre; S TS de 25 de octubre de 2011 (RA 1251). Nos remitimos a CADENA SERRANO, F.A., *El ADN en la doctrina del Tribunal Supremo*, cit., en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), "La prueba de ADN en el proceso penal", cit., págs. 157 y ss.; y a DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, cit., págs. 667 y 668.

⁶¹ Recuerda, obsérvese, a las pruebas de alcoholemia, sobre las que el Tribunal Constitucional ya se pronunció acerca de su validez, afirmando que no pueden ser equiparadas a una declaración inculpativa (v. S TC núm. 103/1985, de 4 de octubre).

⁶² Véase DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, cit., págs. 663 y ss.

Esta posibilidad es menos problemática, pero no exenta de matices, en el siguiente sentido (DA-3ª de la Ley Orgánica 10/2007, cit., y Acuerdo Plenario de la Sala II del TS de 24 de septiembre de 2014, también cit.):

1º) Se requiere siempre autorización judicial si el investigado está detenido.

2º) Si el investigado detenido está asistido de letrado y consiente, entonces no es necesaria la autorización judicial.

3º) Si el investigado no está detenido, sólo se exige que se le informe sobre la posibilidad de prestar su consentimiento, y si no lo presta, la toma de muestras se realiza coactivamente sin necesidad de autorización judicial.

b) La vía indirecta es la que permite incautarse de objetos, por ejemplo, mediante un registro domiciliario, en los que se encuentren huellas o vestigios biológicos para la obtención del ADN.

Esta posibilidad es más problemática, porque no se requiere el consentimiento del sospechoso o imputado para la recogida de esas muestras.

El problema más arduo se plantea cuando se aporta inconscientemente información (colaboración involuntaria), v.gr., bajo la apariencia de la práctica del test de alcoholemia se quiere en verdad obtener la saliva del sospechoso dejada en el recipiente; o dejando productos químicos en un vaso para que la huella no se pueda borrar. Y es el más arduo porque en estos casos el sospechoso es engañado, algo que no debería permitirse(*Vide* lo que decimos *infra* respecto a USA)⁶³.

En este sentido, con la jurisprudencia hasta ahora existente, que no es específica, no habría obstáculo a una resolución judicial de incautación de objetos, bajo el argumento formal de que el sospechoso no tiene derecho a oponerse a los actos de investigación que se acuerden en el proceso penal mediante resolución judicial fundada y ajustada a la CE.

Pero la inducción al engaño quedaría excluida por la jurisprudencia del TS sobre el agente provocador, de manera tal que si la inconsciencia del sospechoso o imputado es directamente provocada por la policía, por ejemplo, administrándole sustancias químicas que atenuen su capacidad de comprensión durante la práctica de un interrogatorio, sería ilegal⁶⁴. En este caso, habría una clara vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, ya que no estaríamos ante una simple identificación, sino ya ante una declaración por suceder todo ello en el seno del interrogatorio policial.

5. VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS.-

⁶³ *Vide* lo que decimos *infra* respecto a USA.

⁶⁴ SS TS núm. 1473/1998, de 20 de noviembre (RJ\1998\9676; núm. 44/2001, de 23 de enero (RJ\2001\185); y núm. 571/2008, de 25 de septiembre (RJ\2008\5603).

Toda prueba preconstituída, al igual que toda prueba en el proceso penal, está sometida a los criterios de valoración libre (valoración en conciencia, sana crítica, valoración no arbitraria) por el juzgador.

Pero con la prueba del ADN las cosas no son tan sencillas y el problema de su valoración no es fácil de explicar. Ya hemos tratado esta cuestión en general al principio de este escrito, se trata ahora de concretarla para esta prueba.

De entrada diré que, al igual que ocurre por ejemplo con el atestado policial (art. 297 LECRIM), la prueba del ADN en realidad pueden ser tres pruebas distintas: La prueba pericial, la más importante; la intervención de la Policía Científica en el proceso penal como testigos; o la prueba documental al elaborar la Policía sus informes.⁶⁵

En este sentido, la Policía Científica es conforme a la LECRIM perito a los efectos de los arts. 459, I (sustituye a los dos peritos a que se refiere el texto), 778.1 y 788.2, II (sustituye al único perito a que se refiere el texto), teniendo en cuenta que esta última norma concede valor probatorio documental a los informes emitidos por la Policía Científica en materia de drogas si se han seguido los protocolos aprobados.⁶⁶

Esta aparente divergencia de naturaleza jurídica de una prueba requiere una cierta explicación, porque la reforma de 2002 ha decidido optar por una de las soluciones, poco convincentemente a mi juicio, después de muchos años de discusión, que paso a explicar:

a) Según la jurisprudencia tradicional⁶⁷, la prueba pericial que se valoraba era la practicada en el juicio oral. Pero también tenían eficacia probatoria los informes periciales elaborados durante la instrucción, según la jurisprudencia del TC y del TS⁶⁸, siempre que se hubiesen practicado con todas las formalidades y garantías que la CE y la LECRIM establecen y fuesen efectivamente reproducidos en el juicio oral, en condiciones que permitieran a las defensas someterlos a contradicción.

Para ello se requería la presencia del perito o peritos en el juicio oral, a efectos de interrogatorio por las partes y ratificación. si la defensa no impugnaba la prueba pericial, el perito no tenía que comparecer en el acto del juicio oral, jurisprudencia que pronto empezó a decaer.

b) Pero después el TS ha considerado innecesaria la presencia de los peritos en los juicios si se trata de dictámenes periciales elaborados por organismos oficiales, por diferentes

⁶⁵ DOLZ LAGO, M.J. (Dir.), La prueba pericial científica, cit., pág. 91; IGARTUA SALAVERRÍA, J., Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas), cit., págs. 3 a 5.

⁶⁶ El párrafo segundo del art. 788.2 se introdujo sorpresivamente por la DA-3ª de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

⁶⁷ Véase GASCÓN ABELLÁN, M., Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN, cit., págs. 10 a 12.

⁶⁸ Véase SS TC 107/1983, de 29 de noviembre; y 303/1993, de 25 de octubre, entre otras muchas.

razones: Presunción de imparcialidad, complejidad de la vida moderna, sobrecarga laboral, etc.⁶⁹

Para que ello sea posible sin contradecir su propia doctrina, ha cambiado la naturaleza de la prueba y considera que los informes técnicos de la Policía Científica y Laboratorios de Genética Forense, son prueba documental, prueba que es mucho más fácil de practicar, ya que se introduce en el proceso por la vía de los arts. 726 ó 730 LECRIM, y con su simple lectura por el tribunal forma parte del acervo probatorio. No obstante, a partir de 2008, hay jurisprudencia que desmiente esta naturaleza, porque se trata de pruebas personales.⁷⁰

La última evolución considera que la prueba (sea pericial o documental) sólo se practica en el juicio oral si hay impugnación de la defensa. Si no se impugna, tiene el carácter de prueba preconstituída.⁷¹

c) Pero, vuelta atrás de nuevo, la reforma del art. 788.2 LECRIM en 2002 quiere zanjar la cuestión y vuelve a la naturaleza de prueba documental, un claro error dogmático porque es una prueba personal en materia que exige unos conocimientos que el juez no tiene.⁷²

El problema es si el ADN tiene naturaleza de prueba pericial o documental, porque si somos rigurosos, el art. 788.2 LECRIM se refiere sólo a los informes en materia de estupefacientes, mientras que sobre el ADN ninguna norma dice expresamente nada sobre ello, con lo que al no preverse que sea documental, su naturaleza de pericial para nosotros está confirmada.

Sea como fuere, la conclusión respecto al ADN, pues, sea prueba pericial o documental, se valora conforme a los criterios de la sana crítica.

Y ello nos lleva a la objeción fundamental: Si es prueba que se practica para esclarecer unos hechos para los que se requieren conocimientos que el juez no tiene, cómo puede ese juez apartarse de los resultados probatorios obtenidos en el análisis de ADN al aplicar valorativamente la regla o criterio de la sana crítica, máxime con la gran fiabilidad que tiene hoy esta prueba.

Pueden darse algunos criterios orientativos:⁷³

1º) Valoración conjunta del análisis pericial del ADN con las demás pruebas practicadas en la causa.

⁶⁹ Véase PÉREZ MARTÍN, M.A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., págs. 196 y ss. Es de interés en este punto consultar la Instrucción de la Fiscalía general del Estado núm. 7/2004, de 26 de noviembre, sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública.

⁷⁰ Vide ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *El análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 314 y ss.

⁷¹ Expresamente afirmado por la S TS Sala II núm. 324/2004, de 15 de marzo (RJ\2004\2774; Ponente Delgado García).

⁷² Extensamente sobre ello DOLZ LAGO, M.J., *La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, cit., págs. 76 y ss.

⁷³ GASCÓN ABELLÁN, M., *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*, cit., págs. 3 y ss.

No apuesto por esta solución porque la valoración conjunta excluye la motivación y ello es inconstitucional, ya que el condenado o perjudicado por la sentencia penal no sabe exactamente en qué pruebas se ha basado el tribunal para condenarle, a no ser que en la valoración conjunta se especifiquen las pruebas particulares que la conforman indicando expresamente aquéllas en las que se basa la condena.

2º) Valoración de la incidencia directa del ADN en la prueba del hecho principal investigado (semen en delito sexual, cabellos en la escena del crimen).

El peligro es que la prueba de ADN se hipervalore, como se ha apuntado, y que ello conlleve a una merma de la valoración libre de la prueba. La doctrina afirma por ello que no vendría mal una cierta formación de los jueces en las pruebas científicas.

Por tanto, como el juez no puede quedar sometido a dictámenes periciales contradictorios, y se supone que posee el sentido común y cultura suficientes para entender lo esencial de la prueba, deberá aplicarse la doctrina común en este caso también, y si el juez desea apartarse de las conclusiones del análisis de ADN efectuado por el perito correspondiente, deberá motivar de manera muy cuidadosa y muy fundada las razones de ello, lo que por otra parte, como es bien sabido, es doctrina general en esta prueba.

Debo decir para terminar con este punto que, sobre esta compleja cuestión, nada se dijo en los dos últimos intentos de reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que han existido en nuestro país: El Anteproyecto del Gobierno del PSOE de 2011⁷⁴, truncado por las elecciones generales; y la propuesta del Gobierno del PP de 2013⁷⁵, truncada por oposición de los operadores jurídicos más relevantes que tenían que practicarla, y eso que disponía de mayoría absoluta y tiempo suficiente para aprobarla.

III. ENSEÑANZAS DEL DERECHO COMPARADO.-

1. EL CONCEPTO DE PRUEBA CIENTÍFICA

En el Derecho comparado no existe tampoco un concepto ni jurisprudencial ni de la Fiscalía para prueba científica, al menos en los países que nosotros hemos consultado. El concepto que existe es puramente doctrinal, es decir, como en España, de la cátedra, y se emplean las correspondientes denominaciones de “wissenschaftlicher Beweis”, “prova

⁷⁴ El Gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial), cuyo anteproyecto fue elaborado por una comisión de expertos con muchísima más presencia de prácticos que de teóricos, lo que en un cambio de modelo resulta bastante sorprendente. Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011.⁷⁴ La esperanza previa a las elecciones de retomar la tarea después, se esfumó completamente al perderlas. Se puede consultar en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011, págs. 19 y ss. El texto articulado regulaba el ADN en sus arts. 262 a 267. Este último precepto disponía: “El resultado de los análisis comparativos de los perfiles de ADN tendrá el carácter de investigación pericial y deberá ser sometido a contradicción en el juicio oral.”

⁷⁵ La diligencia del ADN se regulaba en los arts. 287 a 290. No se regulaba la valoración. El texto se puede consultar en el momento de escribir estas líneas en la página web del Ministerio: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html.

científica”, y “scientific evidence”. Con relación con la prueba de ADN se habla también de “investigación geneticomolecular” o, más sencillamente, de “análisis genético” o “investigación genética”, en los respectivos idiomas alemán, italiano e inglés.

La razón debe ser la misma, es un concepto plástico que se entiende por sí mismo y no hace falta más. Téngase en cuenta que la doctrina que se ha ocupado, tanto desde el punto de vista judicial como médico-forense, de la prueba científica, la más importante recogida en este texto, no se centra en este punto en sus respectivos países, sino que parte de contenidos admisibles en todos, al ser un tema universal, para que sus posicionamientos sean correctamente entendidos.

Pero como los problemas derivados de esta falta de definición jurisprudencial ya los hemos abordado, vayamos directamente a la regulación de los tres países que más influencia tienen en España, Alemania, Italia y Estados Unidos, para la más importante de las pruebas científicas, el ADN, de manera que tengamos una visión general de la situación jurídica y práctica en los mismos aceptable a los fines que con este escrito se pretenden.

2. LA PRUEBA DEL ADN EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN

La Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana (*StPO*), ha regulado en sus §§ 81a a 81h la posibilidad de intervenir corporalmente al inculpado (y no sólo a él) y, por tanto, de obtener pruebas genéticas del mismo. Esos párrafos fueron introducidos en 1997. Esta prueba se utiliza en Alemania desde 1989 y tiene un gran predicamento práctico por su altísima fiabilidad.⁷⁶

La legislación permite distinguir los siguientes cuatro supuestos:

a) Con relación al inculpado (investigado)

La recogida de pruebas y muestras se regula en el § 81a *StPO*. Procede cuando se dé una sospecha de participación delictiva y la prueba sea necesaria para investigar lo sucedido.

1) Puede consistir en la extracción de sangre o en otras agresiones corporales, por ejemplo, extracción de vello, toma de muestras de saliva, punciones pulmonares, radiografías, etc.

Se requiere autorización judicial, salvo que exista riesgo de poner en peligro la investigación (como destrucción o pérdida de los materiales), en cuyo caso la ordena la policía o la fiscalía.

Se practica por un médico de acuerdo con los conocimientos de su especialidad, siempre y cuando no exista riesgo para la salud. Es indiferente que el inculpado preste o no su consentimiento en la recogida de pruebas.

Esas pruebas se pueden aplicar en otro proceso que esté relacionado con el primero. Una vez utilizadas, se destruyen si ya no son necesarias.

⁷⁶ Seguimos principalmente a PERRON, W., *El ADN y el proceso penal en Alemania*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., págs. 447 y ss. Debe consultarse también ROXIN, C. / SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht* (28ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 2014, págs. 269 y 270.

2) Las pruebas obtenidas requieren de un análisis técnico a realizar genéticamente (análisis geneticomolecular). Aquí entra en juego la prueba del ADN (§ 81e *StPO*).

El médico especialista debe estar registrado y autorizado para practicar estas pruebas. Ha de ser independiente, ajeno a la fiscalía y a la policía, y no debe saber quién es el inculcado. Analiza los materiales recogidos con la práctica de la prueba, a efectos de:

1º) Determinar las características genéticas del inculcado, incluido su sexo; y

2º) Identificar si las huellas encontradas en el lugar del crimen pertenecen al inculcado.

Si el inculcado no presta su consentimiento, se requiere autorización del órgano jurisdiccional.

Sería de desear un desarrollo legislativo de estos temas más profundo.

b) Con relación a terceras personas

Se trata de personas distintas al inculcado que pueden ser testigos porque en su cuerpo o persona se encuentran huellas o consecuencias del delito. Esta posibilidad está permitida por la *StPO*, que distingue como en el caso anterior entre la recogida de muestras y su análisis genético.

1) La toma de muestras se regula en el largo y complejo § 81c *StPO*: Puede ser objeto de investigación cualquier persona, exigiéndose que la prueba sea absolutamente necesaria para averiguar qué ha sucedido.

Igualmente se requiere autorización judicial, salvo que exista riesgo de poner en peligro la investigación (como destrucción o pérdida de los materiales), en cuyo caso la ordena la policía o la fiscalía.

Se practica por un médico de acuerdo con los conocimientos de su especialidad, siempre y cuando no exista riesgo para la salud. En caso necesario y como última posibilidad, es admisible el uso de la fuerza para la recogida.

Es indiferente que el tercero preste o no su consentimiento en la recogida de pruebas, que puede ser la extracción de sangre o cualquier otra agresión física en el sentido expresado *supra*.

Importante, el testigo tiene derecho a rechazar la prueba si está protegido por una dispensa legal (reguladas en el § 52 *StPO*), siendo sancionado en otro caso.⁷⁷

2) El análisis geneticomolecular se realiza, partiendo de las huellas, vestigios y restos obtenidos con la recogida de la prueba, conforme al § 81c *StPO*.

⁷⁷ Vide MEYER/ GOßNER/ SCHMITT, *Strafprozessordnung* (58ª ed.), Ed. C.H.Beck, München 2015, pág. 304.

El médico especialista debe estar registrado y autorizado para practicar estas pruebas. Ha de ser independiente, ajeno a la fiscalía y a la policía, y no debe saber quién es el inculpado, analiza los materiales recogidos con la práctica de la prueba, a efectos de:

1º) Determinar las características genéticas del inculpado, incluido su sexo; y

2º) Identificar si las huellas encontradas en el lugar del crimen pertenecen al inculpado.

Si el inculpado no presta su consentimiento, se requiere autorización del órgano jurisdiccional.

c) Con relación a varias personas

La *StPO* permite también que, a efectos de poder identificar al autor de un delito, se puedan recoger y analizar pruebas genéticas de un número elevado de personas, distinguiendo en su § 81h si prestan su consentimiento esas personas o no lo prestan.

Por ejemplo, se sospecha que el autor del delito es varón, de 30 a 40 años y rubio, vive además en Valencia en determinado barrio y sus alrededores. En este caso se tomarían muestras de todos aquellos hombres en los que cuadren estos perfiles.

Se ha de tratar ante todo de delitos contra la vida, la integridad física, la libertad personal o sexual, por tanto, no procede por cualquier delito.

La medida debe ser necesaria y ajustada al principio de proporcionalidad, autorizadas por el juez y realizada por especialistas en los términos aquí explicados.

Importante, los datos se eliminan cuando ya no sean necesarios para esa investigación y hay prohibición de archivo en bases de datos para posibles investigaciones futuras.

1) Si las varias personas afectadas prestan su consentimiento (por escrito), se les toman las muestras, se analizan geneticomolecularmente, conforme a lo que ya hemos explicado aquí y se determinan los resultados de la comparación con las huellas, vestigios o restos encontrados en la escena del crimen.

2) La posibilidad de realizar un análisis geneticomolecular de las personas afectadas sin su consentimiento carece de base legal en Alemania, pues el § 81h nada dice al respecto. Que se nieguen a participar no sería motivo principal de sospecha para ser inculpados, y no está claro que a pesar de ello pueda el juez ordenar la recogida de la prueba forzosamente.

Es curioso citar que se han dado pocos casos, pero se han dado (13, hasta 2009), y más curioso aún que sólo en 2 ó 3 de esos casos se llegó verdaderamente a descubrir al autor del crimen partiendo de los análisis a una multitud, y que en 7 casos se averiguó quién fue el autor mediante otras pruebas (incluido el ADN individualizado). Por tanto, fracasó realmente en 10 casos.⁷⁸

d) Archivo del material genético en bases de datos

⁷⁸ Datos recogidos por PERRON, *op et loc. cit.*, pág. 451.

La prueba del ADN presenta siempre el problema final de la conservación de los datos obtenidos a efectos de futuras investigaciones penales o simplemente como registro de antecedentes. ¿Es legal, no es legal?

En Alemania, hemos visto que el análisis geneticomolecular de las pruebas recogidas del cuerpo del inculcado está permitido, tanto si se han obtenido directamente como a través de material encontrado, asegurado o incautado (§§ 81a y 81e *StPO*).

Ahora la ley permite la obtención de material celular proveniente de la sangre o saliva del inculcado a efectos de ser archivado en una base de datos genética (§ 81g *StPO*).

Los requisitos son que se trate de alguno de los delitos previstos en esa norma, que tienen una gran trascendencia social: Delitos de gran importancia, delitos contra la libertad sexual o delitos cometidos frecuentemente. Además, que exista la sospecha fundada de que el inculcado cometerá en el futuro delitos que tiene una gran importancia. Finalmente, que el juez lo autorice si no consiente libremente el inculcado.

El archivo de los datos obtenidos se hace por la Oficina Federal de la Policía Criminal alemana (*Bundeskriminalamt*, BKA), que los usará de acuerdo con los límites fijados legalmente. Comenzó a funcionar esta base de datos en 1998.

3. LA PRUEBA DEL ADN EN EL PROCESO PENAL ITALIANO

Italia es el país probablemente que menos atención ha prestado hasta ahora a esta cuestión, o al menos ha reaccionado muy tardíamente, puesto que sólo ha procedido a una mínima regulación en el año 2005, relativa a la identificación forzosa. Ha sido en 2009, como consecuencia del Tratado de Prüm, cit., cuando ya se ha procedido a una regulación más amplia y completa.⁷⁹

a) La regulación

Aunque la regulación en realidad solamente pueda ser contemplada desde 2009, ello no significa en absoluto que en la realidad práctica no se realizaran análisis de ADN, particularmente a partir de los años 80. Pero ciertamente, ni la jurisprudencia se ha ocupado del tema hasta esa fecha, ni tampoco la doctrina, con alguna honrosa excepción.

La recogida de muestras era posible en el lugar del crimen, exigiendo la ley que estuviera presente el abogado defensor del interesado, al ser prueba irrepetible, siendo nula la prueba en caso contrario, por aplicación del art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana (*CPP*).

⁷⁹ Seguimos principalmente a ORLANDI, R., *El ADN y el proceso penal en Italia*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., págs. 407 y ss. Pero no olvidemos el magnífico escrito de DENTI, V., *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 1972, págs. 277 y ss., que supuso el primer planteamiento del tema (para el proceso civil) en el bellísimo país transalpino.

Otra cosa distinta era, al estar en juego la libertad personal y, por tanto, poder quedar afectado un derecho fundamental al menos, la toma de muestras cuando el sujeto no consentía.

La Ley 85 de 30 de junio de 2009, que ratifica el Tratado de Prüm, regula por fin este tema e instituye además el *Laboratorio centrale per la banca dati nazionale DNA* (destinado a la conservación y archivo de las muestras biológicas), que depende del Ministerio del Interior, y la *Banca dati nazionale del DNA* (destinado a la conservación de los perfiles genéticos), que depende de la Administración Penitenciaria.

Esta ley parte de la Sentencia 238/1996 de la *Corte Costituzionale* (caso de la *Virgen de Civitavecchia*), que estableció que la toma forzosa de muestras de saliva o de vello debe ser autorizada siempre por el juez, siendo admisible sólo en los casos determinados por la ley.

La finalidad de la toma forzosa de muestras es triple:

1) Identificar a la persona sobre la que recaen las investigaciones: La toma se realiza por la Policía, después de haber obtenido autorización del Ministerio Fiscal (art. 349 *CPP*). Sólo se autoriza la identificación, de manera que no puede ser analizada genéticamente, ni pueden ser almacenados sus resultados en la base de datos.

2) Realizar un análisis pericial genético necesario para comprobar delitos dolosos que tengan una cierta gravedad: Se trata de delitos castigados con cadena perpetua o con pena de prisión superior a 3 años (art. 224 *CPP*). Puede afectar al imputado o a terceros (art. 224 bis *CPP*). La ordena, a instancia de parte o de oficio, el Juez de garantías, pero en caso de peligro por el retraso también puede ordenarla el Ministerio Fiscal, exigiéndose legalmente su convalidación judicial posterior. Aunque consienta, tiene derecho a estar asistido de un defensor. Su no presencia convierte a la prueba en nula (art. 224 bis *CPP*).

3) Obtener una muestra biológica de la que se pueda extraer un perfil genético destinado al almacenamiento en una base de datos nacional y poder ser usado en otros futuros procesos penales: Se toma la muestra cuando el sujeto ingresa en prisión, bien como condenado o como detenido, por delito doloso de una cierta gravedad, excluyéndose algunos delitos, como los delitos económicos, tributarios, familiares, etc. El análisis genético se realiza sólo sobre estructuras no codificantes del ADN, por tanto, se excluye analizar y codificar patologías, con alguna excepción.

b) Los principales problemas

La doctrina italiana hace referencia básicamente a tres:

1) El primero es que la base de datos de ADN ha tardado demasiado tiempo en ponerse en funcionamiento (en junio de 2016)⁸⁰. Esto ha permitido que la policía y la fiscalía se hayan visto privadas hasta hace menos de un año de un eficaz instrumento de investigación y, desde luego, que la cooperación internacional con Italia en este punto haya sido imposible. Si bien, el principal problema ha sido que, ante la práctica de la prueba por la policía, se haya estado

⁸⁰ Decreto del Presidente de la República de 7 de abril de 2016, núm. 87, Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 85 del 2009. (16G00091) (GU n.122 del 26-5-2016). Está vigente desde el 10 de junio de 2016.

sin posibilidades efectivas de control de sus iniciativas. La doctrina explica que ello ha sucedido por el escaso valor que en Italia se da a la cultura de la *Privacy* y al derecho a disponer libremente de los propios datos personales, que carecen de cobertura constitucional todavía. Ahora la Policía también tiene un manual de funcionamiento de la base de datos que permitirá solucionar estos problemas⁸¹.

2) El segundo se refiere a los límites subjetivos a respetar en la ejecución de la toma de muestras coactiva. En Italia, como se ha dicho, es posible practicar esta prueba respecto a terceros, pero no se fijan criterios que delimiten a qué terceros puede afectar, con lo que en teoría puede ser a cualquiera.

3) El último tiene que ver con la tendencia expansiva a utilizar esta prueba, lo que significa un peligro cierto de invasión de la esfera privada de las personas. Aunque la ley diga que la esfera íntima de la persona no puede ser afectada por la investigación genética, lo cierto es que es posible averiguar la capacidad de entender y querer del sujeto, porque la ley permite pericias psiquiátricas en busca de posibles causas patológicas del delito. Hasta hace poco las partes estaban en condiciones de poder discutir sus conclusiones con los psiquiatras, pero con los avances de la neurociencia y de la investigación genética, parece ahora impensable. Esto nos hace ver un futuro inquietante, como ya tuvimos ocasión de citar al hablar *supra* de los peligros de la prueba científica, pues parece que estemos evolucionando de una medicina personalizada (*Personalized Medicine*), que tiene sentido o al menos se comprende, a una justicia personalizada (*Personalized Justice*), inadmisibles en el proceso penal con las Constituciones democráticas como base.⁸²

4. LA PRUEBA DEL ADN EN EL PROCESO PENAL FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En los Estados Unidos, la prueba del ADN en el proceso penal presenta aspectos muy interesantes, no sólo porque su proceso penal se está convirtiendo en el modelo a seguir por casi todos los países de nuestro entorno cultural, lo que hace que todos se fijen en sus instituciones y en sus progresos, sino también por ser una de los países más avanzados técnicamente del mundo en investigación médica, lo que hace que en él los análisis genéticos sean punteros en el mundo.⁸³

Trataremos las siguientes cuestiones:

a) Fiabilidad probatoria

⁸¹ Accesible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/Banca%20dati%20nazionale%20DNA_2016.pdf.

⁸² Véase el caso relatado en ORLANDI, *loc. cit.*, págs. 416 y 417.

⁸³ Seguimos principalmente a CHIESA, L., *ADN y Derecho Procesal en los Estados Unidos: Cinco problemas*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., págs. 369 y ss. En este excelente artículo pueden verse las citas doctrinales y jurisprudenciales que fundamentan el texto, que no reiteramos ante la limitación de espacio concedida, salvo que sea absolutamente imprescindible. También ha de consultarse PÉREZ GIL, op. cit., págs. 99 a 107.; y, ampliamente, VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., págs. 91 y ss. También es importante, para el marco general con referencias concretas a la prueba científica, DAMAŠKA, M.R., *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Picó i Junoy), Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, esp. págs. 145 a 148.

La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas llegan a la conclusión que la prueba del ADN es fiable, si bien a esta conclusión se ha tardado en llegar a los tribunales, en los que existían dos tendencias:

1) La postura del caso *Frye v. United States*: Las nuevas pruebas científicas son admisibles en los tribunales si gozan de aceptación general en la comunidad científica correspondiente.⁸⁴ Obsérvese que en este caso lo determinante es la opinión científica, por lo que si ésta no lo admite, la prueba no es fiable.

2) La doctrina del caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*: Las nuevas pruebas científicas son admisibles en un proceso siempre que el tribunal quede satisfecho con la confiabilidad del método utilizado, independientemente de si dicho método goza de aceptación general en la comunidad científica.⁸⁵ Obsérvese que en este caso lo importante es la opinión del juez, aun en contra de la opinión científica.

Esta discusión está hoy superada. La prueba de ADN para determinar la identidad de una persona contrastando con huellas vestigios y restos, es admisible bajo los dos criterios jurisprudenciales, porque en la práctica y en numerosas ocasiones ha demostrado con creces su fiabilidad.

3) Obtención de la prueba

En Estados Unidos se plantea el problema de si la extracción forzosa de muestras para obtener el ADN de un inculpaado vulnera su derecho a no autoincriminarse.

Base lógica para pensar así existe, por el argumento de que si proporciono mi sangre y soy culpable, me estoy autoincriminando. Pero el Tribunal Supremo de los Estados Unidos impide esta deducción, al menos de momento, porque ha dicho reiteradamente que el derecho a no autoincriminarse de la V Enmienda de la Constitución USA, solamente se extiende a una prueba incriminatoria de carácter testifical.

Por tal razón, para dicho órgano jurisdiccional, que podríamos decir que hoy tiene una influencia mundial, tanto forzar a una persona a fotografiarse, como proporcionar sus huellas digitales, como participar de una rueda de identificación, o prestar su voz o escritura caligráfica, no vulnera el derecho a la no-autoincriminación. Tampoco en consecuencia la extracción de muestras corporales para averiguar el ADN con carácter coactivo.

4) Restos abandonados y ADN

La doctrina norteamericana señala que el problema más complejo que se plantea hoy con relación al ADN y su valor probatorio en el proceso penal es la obtención de muestras de ADN abandonadas por la persona inculpada. El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos contempla este caso como “doctrina de la prueba abandonada”, y se distinguen tres supuestos:

⁸⁴ *Frye v. United States*, 2913 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Véase también GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, cit., págs. 92 y 93.

⁸⁵ 509 U.S. 579 (1993). Los hechos del caso en VÁZQUEZ-ROJAS, C., *Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial*, Anuario de Psicología Jurídica 2014, vol. 24, págs. 65 y ss. Véase también GASCÓN ABELLÁN, M., *Prueba científica: Mitos y paradigmas*, cit., págs. 92 y 93.

1) Abandono intencionado de secreciones o partes del cuerpo: Se da cuando una persona deja en un lugar intencionadamente secreciones o partes de su cuerpo, por ejemplo, un esputo. La pregunta es, ¿puede la policía sin autorización judicial tomar ese vestigio para obtener el ADN que incrimine a quien lo ha abandonado voluntariamente?

La respuesta del Tribunal Supremo norteamericano es positiva en supuestos aquí aplicables⁸⁶, con base en el argumento de que la persona que voluntariamente se deshace de estos objetos pierde todo derecho - de intimidad o propiedad - que pueda tener sobre la cosa.

En tales casos, por tanto, la policía puede obtener y examinar las secreciones o residuos corporales sin necesidad de obtener una orden judicial o de tener sospecha individualizada de que el sujeto cometió un delito.

2) Abandono intencionado de objetos no biológicos que contienen material genético: Frecuentemente las personas abandonamos objetos que contienen material genético. Por ejemplo, dejamos en la barra o mesa el vaso en el que bebemos en un bar, o tiramos a una papelera prevista para ello el vaso de plástico oficina en el que bebemos el agua en el trabajo. La cuestión es que en estos casos se abandona intencionadamente el objeto que contiene el material genético (el vaso), pero no se abandona intencionadamente el material genético en sí (la saliva).

Pues bien, la Justicia norteamericana, en los casos que se ha tenido que entrar en este problema, han decidido que la prueba ha sido abandonada y, por tanto, que la policía puede obtener la muestra sin orden judicial y sin sospecha individualizada (causa probable).

3) Material genético abandonado natural e involuntariamente: Es el grupo de casos más problemático. Se trata de supuestos en los que el sospechoso abandona material genético involuntariamente como resultado de procesos naturales (el pelo que se nos cae diariamente, por ejemplo).

La jurisprudencia ha concluido que parece claro que no se puede aplicar aquí la doctrina de prueba abandonada, porque no es un acto voluntario⁸⁷. Por ello, estamos ante un supuesto en el que necesariamente debe requerirse una orden judicial y justificar causa probable para examinar este tipo de material genético.

5) Archivos en bases de datos

Como en Alemania y en Italia, en Estados Unidos existe también una base de datos de ADN, en donde se recoge información genética relativa a personas condenadas por ciertos delitos. Se denomina CODIS⁸⁸, y combina bases de datos a nivel federal, estatal y local, en función de la peculiaridad política de USA.⁸⁹

⁸⁶ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁸⁷ *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).

⁸⁸ Acrónimo de Combined DNA Index System.

⁸⁹ Pueden consultarse aspectos sobre esta base en <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>.

Estamos ante la base de datos de ADN más grande del mundo. En ella se archiva únicamente la información necesaria para identificar a una persona, es decir, no se almacenan en ella datos de salud, predisposiciones genéticas o cualquier otro similar.

Un problema importante hoy, en el que no podemos entrar, es que CODIS se estableció para almacenar ADN de condenados. Sin embargo, en los últimos tiempos muchos Estados han empezado a guardar datos también de personas detenidas, es decir, de personas todavía no condenadas, lo que plantea problemas de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.-

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada 2008.

ARMENTEROS LEÓN, M., “Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal”, en *La Ley* núm. 6738, 19 junio 2007, págs. 1882 a 1896.

CABEZUDO BAJO, M.J., *Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España*, en PÉREZ GIL, J., “El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito”, ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2012, págs. 381 y ss.

Las bases de datos policiales de ADN: ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, Ed. Dikynson, Madrid 2013.

El régimen de protección del dato de ADN en la Unión Europea y en España: Planteamiento de la cuestión, que puede consultarse en
<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9155/2%20Cabezudo%20Bajo%20307-318.pdf;jsessionid=6CC4DB0D678AB2B27453181F547E2B41?sequence=3>

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley*, tomo 3-1994, págs. 815 a 837.

CORTÉS BECHIARELLI, E., “Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal: o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Revista Penal*, nº 18, 2006, págs. 45 a 54.

CUESTA PASTOR, P.J., “Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: interrogantes a propósito de la “huella de ADN””, págs. 75-124, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Ed. Comares, Granada 2002.

DAMAŠKA, M.R., *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Picó i Junoy), Ed. Marcial Pons, Madrid 2015.

DE DIEGO DíEZ, L.A., *Otros medios de identificación del delincuente: La voz y los marcadores de ADN*, TOL10.723 Tirant on Line.

DE LUCA, S. / NAVARRO, F. / CAMERIERE, R., *La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2013, REC 15-19.

DE HOYOS SANCHO, M., *Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN*, Estudios de Derecho Judicial núm. 155, CGPJ – Escuela Judicial, Madrid 2009, págs. 215 y ss.

DEL OLMO DEL OLMO, J.A., “Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el AD”, en ALBEL CLUCH, X., PICÓ i JUNNY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Directores), *La Prueba Judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, con la colaboración de ESADE Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull e Instituto Probática y Derecho probatorio, Madrid, 2011, págs. 1541 a 1564.

DEL MORAL GARCIA, A., “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Curso *Constitución y Garantías Penales*, CGPJ, noviembre 2003.

DENTI, V., *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 1972, págs. 277 y ss.

DIAZ CABIALE, J.A., *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)*, Cuadernos de Derecho Judicial 12: 67-196 (1996).

DOLZ LAGO, M.J., “Problemática de la toma de muestras de ADN a los menores y su tratamiento legal”, *La Ley Penal*, nº 54, año V, noviembre 2008, pág. 27 a 35.

“Reflexiones sobre la prueba oficial-científica (a propósito del valor probatorio de los informes periciales emitidos por Laboratorios oficiales)”, en *La Ley Penal*, nº 65, año VI, Noviembre 2009, págs. 19 a 38.

ADN y derechos fundamentales, La Ley 12 de enero de 2012.

Prueba de ADN: Validez del informe pericial basado en perfiles genéticos inscritos en la Base de Datos del ADN obtenidos a partir de muestras tomadas de otras causas penales seguidas contra el acusado, La Ley 19 de enero de 2012.

La prueba de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica, Ed. La Ley - Wolters Kluwer, Madrid 2016.

DOLZ LAGO, M.J. (Dir.), *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid 2012.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F., “La inadmisibilidad de los “test masivos” de ADN en la investigación de hechos punibles”, *Actualidad Penal* 28: 541-570 (1999).

El análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, Ed. Comares, Granada, 2000.

“Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora de las Bases de ADN”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 14: 55-95 (2001).

“Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (parte I)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 19: 109-125 (2003).

“La ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal”, *Derechos Humanos y nuevas tecnologías* 99-144 (2003).

“Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre)”, *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* 4: 19-38 (2004).

“Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 20: 107-122 (2004).

"Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 noviembre, *Justicia* 2004.

"Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal", en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 27, 2007, pág. 49.

"Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal", en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 28, 2008, págs. 105-140.

"La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", *La Ley* núm. 6901, 11 marzo 2008.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., "La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuente: aspectos procesales", pp. 125-137, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Ed. Comares, Granada 2002.

GARCÍA CASTILLO, Z., *La argumentación en la valoración de la prueba científica en el sistema penal acusatorio, emergente en el mundo latino*, que se puede consultar en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/VALORACIO%CC%81N%20DE%20LA%20PRUEBA%20CIENTI%CC%81FICA%20EN%20EL%20SISTEMA%20PENAL%20ACUSATORIO.pdf>

GASCÓN ABELLÁN, M., *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*, Universidad Castilla - La Mancha, sin fecha, en <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>.

Prueba científica: Mitos y paradigmas, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política 2010, núm. 44, págs. 81 y ss., en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/500/590>.

GIL HERNÁNDEZ, A., "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", *Revista de Actualidad Penal*, núm. 44, 1996, págs. 868 y ss.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

GOYENA HUERTA, J., *La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: Consecuencias procesales*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 367, 1998.

Las intervenciones corporales coercitivas, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 695, 2005.

GOZAÍNI, O.A., *La prueba científica no es prueba pericial*, E-Journal Derecho y Sociedad 2012, núm. 38, págs. 169 y ss. También se puede consultar en internet el mismo artículo bajo el título "Pruebas científicas y verdad".

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, Revista Jueces para la Democracia 2005, núm. 54, págs. 73 y ss.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas), *Diario La Ley* núm. 6812, de 2 de noviembre de 2007, págs. 1 y ss.

IGLESIAS CANLE, I., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*. Madrid 2003.

JAÉN VALLEJO, M., "Una visión del problema desde una perspectiva constitucional: El estudio particular de la protección de la intimidad y los bancos genéticos", *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI-2004, págs. 122 y 123.

LÍBANO BERISTÁIN, A., "La práctica de análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal", en ALBEL CLUCH, X., PICÓ i JUNNY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Directores), *La Prueba Judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, con la colaboración de ESADE Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull e Instituto Probática y Derecho probatorio, Madrid, 2011, págs. 1523 a 1540. También publicado en *Revista Justicia* 2010, núms. 3-4, págs. 203 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis de ADN”, en AA.VV. en *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI-2004, págs. 227 y ss.

LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, tomo 36, 2001, págs. 1845 y ss.

LORENTE ACOSTA, M. / LORENTE ACOSTA, J.A., *El ADN y la identificación humana en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Ed. Comares, Granada 1995.

LUZÓN CUESTA, J.M., “La investigación sobre el ADN y sus problemas. Toma de muestras”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 6, año 1999.

MAGRO SERVET, V., “El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de una base de datos de ADN”, *La Ley* núm. 6662, 1 marzo 2007.

MARTIN PASTOR, J., “Controversia judicial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, *Revista La Ley Penal*, nº 46, 2008, págs. 60 y ss.

MARTÍNEZ JARRETA, M.B. (Dir.), *La prueba del ADN en Medicina Forense*, Ed. Masson, Barcelona 1999.

MORA SÁNCHEZ, J.M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN en el proceso penal*, Granada 2002.

La prueba de ADN en el proceso penal, en Bioética y Derecho, Barcelona 2004, págs. 187 a 237.

MORELLO, A., *La prueba científica*, La Ley (Argentina) 1999-C, págs. 898 y ss., y en http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero1/prueba_cienti.htm.

MORENO VERDEJO, J., *ADN y proceso penal. Análisis de la reforma operada por Ley 15/2003 de reforma del CP*, en www.cej.justicia.es Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 2004.

MORENO VERDEJO, J., *Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial de ADN*, *Revista de Derecho Procesal Pernal (Argentina)*, 2009, núm. 2, págs. 129 y ss.

MUÑOZ CUESTA, F.J., “Obtención de muestras del inculpaado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 25, 2006.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *ADN e investigación penal: su necesaria regulación legal*, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 1º semestre de 2003, núm. 2, págs. 43 y ss.

La prueba de ADN: su normativa procesal, en *Revista del Ministerio Fiscal*, año 2004.

La recogida de muestras biológicas: la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 703, 2006.

ORLANDI, R., *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, en *Medicina Legale - Quaderni Camerti* 1992, págs. 413 y ss.

ORTIZ ÚRCULO, J.C., “El ADN en la investigación penal. Breve repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del TEDH”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 6, año 1999.

PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

PÉREZ MARTÍN, M.A., “Los análisis de ADN como método de identificación en el proceso penal”, en *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

PRIETO RAMÍREZ, L.M., *La Ley Orgánica de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal*, en el marco del Derecho comparado, *La Ley Penal*, núm. 54, año V, noviembre 2008, págs. 19 a 26.

La Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 747/2008, págs. 1 y ss.

RAMOS ALONSO, J.V., *La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal*, Diario La Ley 17 de marzo 2010, núm. 7364, págs. 1 y ss.

REVERÓN PALENZUELA, B., “La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenido a partir del ADN. Aspectos procesales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 29: 67-110 (2008).

RICHARD GONZÁLEZ, M., “La identificación del imputado mediante la comparación de perfiles de ADN”, en ALBEL CLUCH, X., PICÓ i JUNNY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Directores), *La Prueba Judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, con la colaboración de ESADE Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull e Instituto Probática y Derecho probatorio, Madrid, 2011, págs. 1489 a 1522.

ROMEO CASABONA, C.M., *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el Genoma Humano*, ed. Comares, Bilbao-Granada 2002.

Los perfiles de ADN en el proceso penal: Novedades y carencias del derecho español, en Estudios de Derecho Judicial nº 58, 2005, págs. 420 y ss.

RUIZ MIGUEL, C., *La nueva frontera del derecho a la intimidad*, Revista Derecho y Genoma Humano, nº 14, 2001, págs. 161 y ss.

Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación. Estudios de Derecho Judicial, Genética y Derecho 36: 13-68 (2001).

SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado. Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Los perfiles de ADN y su comunicación en el ámbito de la Unión Europea, Revista de Derecho y proceso penal, 2010, núm. 23, págs. 113 y ss.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J.C., *Nuevos retos biológicos en la investigación criminal*, en <http://es.scribd.com/doc/135483318/Informe-Retos-Biologicos-Investigacion-Criminal>.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer Beltrán), Ed. Trotta, Madrid 2002.

La Prueba, Artículos y Conferencias, Monografías Jurídicas Universitas, Ed. Metropolitana, Santiago (Chile) 2008.

Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2005, núm. 114, págs. 1285 y ss.

TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant on Line TOL.2.029.300, págs. 1613 y ss.

URBANO CASTRILLO, E., *La investigación tecnológica del delito*, en Eloy VELASCO NÚÑEZ (Dir.), “Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ-Escuela Judicial II-2007, Madrid 2007, págs. 51 y ss.

VALMAÑA OCHAITA, S., *La prueba pericial en Derecho comparado. Especial referencia a la prueba científica de ADN*, en DOLZ LAGO, M.J. (Dir.) “Prueba pericial científica”, cit., págs. 165 y ss.

VÁZQUEZ-ROJAS, C., *Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial*, Anuario de Psicología Jurídica 2014, vol. 24, págs. 65 y ss.

VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015.

VELASCO NÚÑEZ, E., *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial II-2007, Ed. CGPJ, Madrid 2007.