

Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN.

Tomás López-Fragoso Álvarez
Profesor titular de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna

1. Introducción

Cuenta el divulgador científico M. Toharia una anécdota que le sucedió con un grupo de licenciados en ciencias sociales, a los que se les preguntaba sobre la posibilidad, según su opinión, de que el ser humano en algún momento de la historia hubiera podido domesticar a los dinosaurios. Después de interesantes y profundas reflexiones al respecto, se les hizo ver el hecho de que se trataba de una pregunta capciosa, dado que como es notorio los dinosaurios desaparecieron de la superficie de la Tierra con anterioridad a la aparición de los primeros seres humanos en unos 62 millones de años. Esta anécdota pone de relieve como todavía sigue existiendo un abismo entre las "ciencias de la naturaleza" y las "ciencias del espíritu", o, con lenguaje cotidiano, entre "ciencias" y "letras". Naturalmente, el mundo jurídico, en cuanto ciencia social, pertenecería al ámbito de las "letras", y, en este sentido, se opondría a la ciencia biológica. El problema surge, aparte de las anécdotas, cuando convergen la ciencia biológica -por ejemplo, la identificación por el ADN-, con el mundo jurídico -la identificación por el ADN como objeto de una prueba pericial científica-. Problemas que el derecho norteamericano expresa gráficamente con frases tales como "la ciencia sube a los estrados" o "la ciencia como perito judicial". Las líneas que siguen tratan de presentar algunos de estos problemas, basando sus soluciones, no en criterios propios de las ciencias biológicas, sino en los principios y valores constitucionales que informan nuestro sistema procesal penal.

2. La ciencia biológica en el ámbito judicial como medio de prueba

A la hora de aplicar determinadas técnicas científicas avanzadas, como es el caso de la identificación por el ADN de presuntos delincuentes en una investigación criminal como objeto de una prueba pericial en un proceso penal, se presentan varios y complejos problemas. Por ejemplo, supuestos tan tristemente famosos como el caso de los "seis de Birmingham", donde la culpabilidad de los acusados se basó fundamentalmente en el denominado "test de Greiss", o en innumerables casos en los que se aplicaba una técnica antigua como fue "el test de la parafina", supuestos en los que con posterioridad hubo de anularse las condenas dada la poca fiabilidad de estas técnicas de investigación científica, tal y como vino a demostrarse con nuevos adelantos científicos. Ello sin tener en cuenta las diferencias sustanciales que existen entre la aplicación de un método científico en circunstancias controladas en un laboratorio y su utilización en escenarios muy distintos, como puede ser el lugar donde se ha cometido un delito: contaminación de las muestras con una serie de productos incontrolados, imposibilidad, en muchas ocasiones, de poder repetir los análisis, etc. Además, desde un punto de vista de la valoración jurídica de los informes periciales que tienen por objeto modernas técnicas científicas de identificación, ha de tenerse en cuenta el carácter "esotérico" que para los no científicos posee el lenguaje especializado que éstos utilizan. Esta circunstancia puede en la práctica impedir que de hecho un juez pueda valorar adecuadamente, y así libremente,

una prueba pericial científica, o que las partes puedan ejercer su derecho de contradicción. Este último problema puede verse agravado cuando, como parece inminente, comience a funcionar en nuestro país el jurado. Como ponen de relieve los jurados norteamericanos:

"con la ciencia no se puede discutir". El caso americano es sintomático en este aspecto. Después de haber acogido con total alegría las pruebas biológicas, principalmente la identificación por el ADN, desde hace unos años se discute sobre la viabilidad de traspasar tales técnicas sin más a los laboratorios forenses con el fin de poder condenar, en su caso, a un presunto delincuente.

En definitiva, la ciencia busca la verdad a un precio distinto al derecho. El mundo jurídico no puede intentar alcanzar la verdad a cualquier precio, teniendo, sin ir más lejos, una serie de limitaciones "formales", entre las que destacan la prohibición de utilizar las fuentes de prueba obtenidas con violación de los derechos fundamentales, tal y como establece el art. 11.1 LOPJ. Siendo evidentes los grandes avances que se han producido en los últimos años en el campo de la biología genética, no significa esto que las modernas técnicas científicas puedan utilizarse sin más para basar sobre ellas la condena o la absolución de un acusado. En última instancia, nos encontramos con un problema de política legislativa. Nuestra Constitución de 1978, interpretada por el Tribunal Constitucional, impone un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías, las cuales pueden chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos, ;i no a cualquier precio, si a un precio distinto al que está dispuesto a pagar nuestro Estado de Derecho.

Hoy por hoy, según nuestro derecho positivo, encontramos los siguientes núcleos problemáticos en relación a las modernas pruebas biológicas, de las que el paradigma actual lo constituye la identificación por el ADN, y a saber:

1. La naturaleza jurídica de los actos de identificación por el ADN, teniendo que diferenciarse entre actos de prueba y meros actos de investigación criminal.

2. La necesidad y/o la posibilidad de realizar intervenciones corporales con el fin de poder practicar una prueba pericial científica.

3. Toda una serie de garantías y presupuestos que han de respetarse en los casos concretos en los que se pretenda utilizar los modernos conocimientos científicos como medios jurídicos de prueba.

3. Actos de investigación y actos de prueba

Si por prueba entendemos aquella actividad que los sujetos de un proceso realizan, bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, en el juicio oral ante el órgano jurisdiccional con el fin de lograr la convicción del juzgador sobre la veracidad de las afirmaciones de hecho de las partes, y por actos de investigación penal aquella actividad que diversos sujetos, como pueden ser la policía judicial, los fiscales o los jueces de instrucción, realizan en la etapa de instrucción de un proceso penal con el fin de comprobar o averiguar la realización de hechos delictivos y a sus autores, queda patente su diferencia estructural, aunque externamente ambas actividades puedan parecer idénticas. Así, a un experto científico puede parecerle que de hecho realiza la misma actividad cuando informa sobre un hecho investigado por él a los fines de averiguar alguna circunstancia del hecho delictivo perseguido penalmente, a cuando ese informe constituye una prueba pericial. Pero, jurídicamente, la investigación se dirige a descubrir o comprobar hechos, mientras que la prueba lo que intenta es lograr la convicción del juez sobre la veracidad de los hechos afirmados por las partes. La prueba tiende a posibilitar la destrucción de la presunción de inocencia, y con ello alcanzar una sentencia condenatoria. Los actos de investigación tienden a lograr la acusación y la defensa. Naturalmente que la distinción jurídica entre actos de mera investigación y actos de prueba se basa en el propio sistema procesal penal, como sistema acusatorio-formal, y así en los principios que lo informan. La prueba ha de realizarse en el juicio oral (art. 741 LECrim.), por lo tanto, en un juicio concentrado, informado por la contradicción y la igualdad de las partes, siendo valorada libremente por el juzgador. Por ello, se ha de distinguir entre el juez sentenciador y el juez investigador, teniendo que practicarse las pruebas ante el juez sentenciador, basando éste su convicción, y así la posible condena, en las pruebas practicadas.

Las pruebas biológicas, como pruebas periciales científicas, tendrían, por lo tanto, que realizarse en el juicio oral de un proceso penal, independientemente de haberse podido efectuar con anterioridad, en la etapa instructoria (sumario o diligencias previas), determinados actos de investigación periciales.

Pero las pruebas periciales científicas que tienen por objeto modernas técnicas de investigación como es el caso de la identificación por el ADN, por sus propios condicio-

namientos, van a exigir que se permita una excepción a las reglas sobre las pruebas en el proceso penal. Y dicha excepción, también admitida para otra serie de actos que se desarrollan en la fase de investigación de un proceso penal, constituye un supuesto de la denominada "prueba anticipada o preconstituída". De tal manera que determinados actos de investigación, que por su propia naturaleza no pueden ser realizados en el juicio oral, podrán, no obstante, obtener la naturaleza de actos probatorios, siempre que se garantice la contradicción de las partes mediante su reproducción en el juicio oral.

Pero aquí nos encontramos con dos problemas diversos:

a) El más simple: la pericia no puede volver a practicarse en el juicio oral por su propia naturaleza (por ejemplo: los métodos alcoholométricos). Entonces la solución jurisprudencial consiste en permitir la realización de la prueba con anterioridad al juicio oral, pero, en garantía del principio de contradicción, habrán de acudir al juicio oral los peritos que realizaron tales actos de prueba anticipada con el fin de ratificar sus informes, pudiendo alegar al respecto las partes lo que tengan por conveniente para su defensa.

b) El supuesto más complejo: la pericia ha sido realizada en la etapa de instrucción, pero los sujetos que la han efectuado, a los que se ha de acudir por la complejidad de los métodos de investigación que han de emplearse, y por la necesidad de dotar a tales técnicas de la máxima fiabilidad posible, no son otros que determinadas instituciones oficiales cualificadas, como pueden ser la Escuela de Medicina Legal, el Instituto de Toxicología, los Laboratorios de Policía Científica, etc. En estos casos, que son evidentemente los que más nos interesan en este momento, la excepción a las reglas de las pruebas en el proceso penal consistirá no sólo en permitir la realización anticipada de dichas pruebas, sino además se permite también su consideración como prueba anticipada sin necesidad de ratificación en el juicio oral de los peritos.

Estas son las soluciones de nuestra jurisprudencia, pero ha de tenerse bien presente que también la doctrina jurisprudencial precisa que, respecto al segundo supuesto, alguna de las partes impugna la prueba pericial anticipada, negando su veracidad o criticando su contenido, habrá de someterse a contradicción en el juicio oral el informe pericial presentado, por lo que habrán de ser citados a la etapa probatoria del juicio oral los peritos en cuestión al objeto de presentar sus informes periciales.

4. Intervenciones corporales'

Las intervenciones corporales, en cuanto medidas restrictivas de determinados derechos fundamentales, consistentes en medios de investigación o de adquisición de fuentes de prueba que tienen por objeto el cuerpo de las personas con el fin de poder perseguir eficazmente hechos delictivos de especial importancia, vienen a constituir, en la mayoría de las ocasiones, un requisito para poder realizar una prueba biológica. Ello es evidente en los casos de identificación por el ADN, la cual exige una intervención corporal, aunque sea mínima, con el fin de obtener una muestra de ADN que pueda compararse con el indicio encontrado en el lugar del crimen o la persona agraviada por el delito.

Constituyendo las intervenciones corporales una restricción de importantes derechos fundamentales, cabe plantearse en primer lugar la posibilidad de realizar válidamente en nuestro sistema jurídico tales intervenciones. Estas medidas restrictivas pueden afectar a los siguientes derechos fundamentales:

a) "La dignidad de la persona", art. 10.1 CE: la jurisprudencia nacional, así como la supranacional y la extranjera, consideran que las intervenciones corporales no atentan contra la dignidad de las personas, siempre que se realicen con respeto a determinados presupuestos. Así, por ejemplo, si atentaría contra la dignidad personal, como declara la doctrina alemana, los denominados "test falométricos", mediante los cuales se trataría de medir la reacción del pene ante estímulos sexuales.

b) "Integridad física y moral y prohibición de los tratos inhumanos o degradantes", art. 15.1 CE: tampoco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, considera que una intervención corporal, como puede ser una extracción de sangre, suponga un trato inhumano o degradante, ni mucho menos que atente contra la integridad física. Sin embargo, alguna jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, estima que sí constituiría un trato humillante, y por lo tanto atentaría directamente contra el artículo 15.1 CE, las exploraciones vaginales o anales manuales, permitiéndose, no obstante, las exploraciones radiológicas.

c) "Derecho a la libertad", art. 17.1 CE: como es evidente, tal y como declara la Comisión Europea de Derechos Humanos, una intervención corporal puede suponer una limitación de la libertad de los individuos, porque su

práctica puede exigir, sin ir más lejos, su detención y su posterior traslado a un centro especializado para la toma de determinadas muestras biológicas.

Pero no es menos patente que, cumpliéndose con sus presupuestos y garantías, la libertad individual puede limitarse, como sucede con la detención preventiva.

d) "Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable", arts. 17.3 y 24.2 CE: nuestro Tribunal Constitucional entiende que no se vulnera el principio constitucional "nemo tenetur se detegere" con la práctica de una intervención corporal, dado que el imputado en estos casos constituye más bien objeto de prueba que sujeto, teniendo que admitir, pasivamente, la obtención de fuentes de prueba de su cuerpo. En definitiva, en una intervención corporal el sujeto afectado no está realizando ningún acto procesal como sujeto activo, sino más bien soportando la búsqueda de elementos inculpatórios o exculpatórios sobre su persona. El sujeto pasivo de una intervención corporal no pretende realizar voluntariamente un acto procesal, sino que es objeto de tal acto, por lo que no puede entenderse como una autoinculpación en el sentido de los arts. 17.3 y 24.2 CE. No otra cosa es lo que sucede, en definitiva, con toda una serie de medidas restrictivas de derechos fundamentales que tienden a hacer eficaz el ius puniendi del Estado, como son los registros domiciliarios, la interceptación postal y telegráfica, las intervenciones telefónicas, etc., las cuales se dirigen, contra la voluntad de los imputados, a posibilitar su efectivo enjuiciamiento.

e) "Derecho a la intimidad personal", art. 18.1 CE: como es obvio la intimidad personal, en el sentido de intimidad corporal, puede verse afectada por una medida restrictiva que imponga una intervención corporal. Si tenemos en cuenta que, en realidad, la mayoría de estas indagaciones corporales no exigen más que una mínima afectación de nuestra integridad física, como puede ser el hecho tan cotidiano de una extracción sanguínea, o aun de menor entidad, como es la extracción de un simple cabello, comprobamos que quizás el derecho fundamental que pueda verse más restringido con una intervención corporal sea el derecho a la intimidad corporal, en cuanto ámbito personal cuyas circunstancias queremos guardar secreto de su conocimiento por terceras personas. Pero no es menos evidente que la doctrina del intérprete máximo de nuestra Constitución no admite ningún derecho fundamental como derecho ilimitado. El derecho a la intimidad puede verse limitado en casos determinados, en general en

consideración a otros intereses dignos también de protección, y así el interés público en hacer eficaz la persecución de importantes delitos.

En definitiva, las intervenciones corporales, aun restringiendo importantes derechos fundamentales, encuentran acomodo en nuestro derecho positivo, respetando importantes garantías, entre las que destaca el respeto al principio de proporcionalidad. Pero una cosa es que se estimen legítimas las intervenciones corporales en general, y otra que éstas puedan practicarse coactivamente, esto es, mediante el uso de la fuerza. En el derecho comparado sí se reconoce esta posibilidad de imposición coactiva de una intervención corporal. Así, por ejemplo, en el derecho procesal penal alemán, donde su Código procesal penal (Stpo) en el párrafo 81 obliga al inculpado a tolerar este tipo de investigaciones corporales, aunque sin tener que prestar una colaboración activa en la misma, aunque, siempre que tales actos no atenten contra la salud, los inculpados pueden verse sometidos a ellos, aun sin su consentimiento.

En España, hoy por hoy, la solución que la jurisprudencia ofrece al respecto, partiendo del hecho de la ausencia total de su previsión normativa expresa, podemos resumirla como sigue:

a) En ningún caso puede imponerse coactivamente una intervención corporal.

b) El que no pueda imponerse por la fuerza física la realización de una intervención corporal no significa que no se trate de una obligación. El sometimiento a una intervención corporal ordenada adecuadamente por un órgano jurisdiccional competente constituye una obligación, pero una obligación para cuyo cumplimiento no puede ejercerse la vis física.

c) La negativa injustificada a consentir una intervención corporal puede suponer:

- la comisión de un delito de desobediencia
- un indicio a valorar junto con otros indicios, con base en los cuales podrá, en su caso, estimarse la culpabilidad del imputado, destruyendo la presunción de inocencia.

Por todo ello, cabe plantearse si no sería más acertada, y más acorde con un sistema procesal penal garante de los derechos fundamentales, una regulación expresa y sistemática de las intervenciones corporales como medidas coercitivas en el proceso penal, y así pudiera, respe-

tándose importantes garantías y presupuestos, imponerse en su caso una intervención corporal sin el consentimiento del afectado. En la actualidad las soluciones a las que ha llegado la jurisprudencia, teniendo en cuenta la situación de nuestro derecho positivo, parecen las más adecuadas con la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, la situación actual no deja de ser criticable, por dos razones fundamentales: una, la ineficacia en la práctica de considerar el no sometimiento voluntario a una intervención corporal como un delito de desobediencia, teniendo en cuenta la levedad de su pena, arresto mayor; y, en segundo lugar, el indicio en realidad esconde una presunción de culpabilidad por el hecho de no aceptar voluntariamente la práctica de la pericia de referencia.

5. Garantías y presupuestos para la legitimidad y eficacia de una prueba pericial en la que hayan de aplicarse nuevas técnicas científicas

Hemos podido comprobar como las pruebas periciales científicas, aparte del cumplimiento de los requisitos legales y el respeto a los principios que informan la actividad probatoria en un proceso penal, exigen toda una serie de garantías y presupuestos propios que derivan de su objeto específico: la utilización de modernas técnicas de investigación penal, la mayoría de las cuales van a exigir la limitación de importantes derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española de 1978. Nos encontramos, sin embargo, en este momento en nuestro país con una falta de previsión normativa sobre las intervenciones corporales y también adolecemos de la ausencia de un régimen jurídico expreso de las pruebas periciales biológicas.

La jurisprudencia, no obstante, entiende que tanto las pruebas biológicas cuanto las intervenciones corporales encuentran su reconocimiento legal en determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto en los artículos 339 y 478.1. Sin embargo, ambos preceptos se limitan a regular con carácter general la prueba pericial, con un contenido propio a los avances científicos de la época de la que provienen ambos artículos, esto es, 1882. Tanto las pruebas biológicas, como las intervenciones corporales, 10 que exigen, desde un punto de vista constitucional, no es su mero acogimiento abstracto, sino su concreta regulación. En realidad no se cumple ni siquiera con el principio de legalidad, aun entendido en sentido formal, porque la limitación de un derecho fun-

damental, presupuesto casi ineludible en la mayoría de las ocasiones para poder practicar una prueba biológica, exige su regulación por una ley con carácter de ley orgánica, ex art. 81 CE. Además la propia Constitución, en su art. 53.1, exige para la limitación de los más importantes derechos fundamentales una legislación expresa, que lejos de su contenido en sentido formal, lo que persigue es el respeto al contenido esencial de tales derechos, y por lo tanto una regulación acabada de toda una serie de cuestiones que hoy por hoy, teniendo en cuenta la situación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, parecen irresolubles. Por ejemplo:

a) ¿Se pueden utilizar en un proceso determinadas muestras biológicas obtenidas en su día únicamente para fines médicos?

b) ¿Es posible crear bases de datos que contengan la información genética de los imputados a los efectos de su utilización para otras investigaciones criminales? Al respecto la Ley Orgánica 5/1992, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, no permite establecer ninguna solución con carácter concluyente.

c) ¿Siendo distinto el ámbito de restricción de los derechos fundamentales según el tipo de intervención corporal que exija la práctica de una prueba pericial científica, serán diferentes las garantías o exigencias que deben acompañar a tales intervenciones? El derecho inglés, aun correspondiendo a un país de "common law", posee un regulación escrita (Police and Criminal Evidence Act 1984) que contempla pormenorizadamente estos y otros problemas, y así, por ejemplo, diferencia entre distintos requisitos que han de cumplirse para la realización de una exploración anal o vaginal de los que se han de respetar para la extracción de un cabello, distinguiendo aun entre la extracción de un cabello púbico y la de un cabello de la cabeza.

Estas y otras cuestiones no son de fácil solución jurídica en nuestro país en la actualidad porque el legislador ha dejado de cumplir con la primera exigencia que deriva del principio de proporcionalidad, que como hemos podido comprobar es el principio que debe informar toda la regulación al respecto, como de cualquier actividad que suponga una limitación de un derecho fundamental, esto es: el cumplimiento del principio de legalidad en sentido material. Ello no obstante, teniendo en cuenta que la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, considera que las pruebas biológicas, aun exigiendo una intervención corporal, encuentran acomodo en el derecho positivo,

con las precisiones que hemos presentado anteriormente, hemos de tener bien presente que el propio principio de proporcionalidad obliga a ponderar adecuadamente en cada caso concreto el interés público en perseguir eficazmente los hechos delictivos y el interés individual de dejar intacto el "ius libertatis" de los imputados. Por ello cualquier prueba pericial biológica que exija la práctica de una intervención corporal ha de aparecer en el supuesto real en que aquélla sea acordada como una medida proporcionada. Ello exige, aparte de su previsión legal, el que tales medidas restrictivas sean ordenadas y controladas por un órgano jurisdiccional mediante las oportunas resoluciones motivadas. Por otro lado, a la hora de acordar la práctica de una de estas medidas en un caso concreto, han de ser congruentes, o sea, ha de existir una relación directa entre el medio empleado y el fin que se pretende conseguir; además la medida posee un carácter subsidiario, lo que implica que ha de aparecer como necesaria para alcanzar el fin legítimo al que se preordena, por lo que no es posible su utilización si los mismos fines pueden alcanzarse a través de medios menos gravosos para los afectados; y, en fin, el juez, hasta que el legislador se decida a contemplar con rigor esta materia, ha de tener en cuenta que las intervenciones corporales, como medio para poder realizar una prueba biológica, sólo pueden acordarse para aquellos supuestos en los que el objeto del proceso penal en cuestión posea una especial gravedad, lo que haría inclinar la balanza en favor del "ius puniendi" del Estado frente al "ius libertatis" individual que, sin duda, se verá afectado, en mayor o menor grado, según el tipo de intervención corporal que la prueba pericial científica de referencia exija. En caso contrario, la balanza ha de inclinarse en favor del interés individual, aun cuando ello pueda parecer un tanto extraño, por ejemplo, a un biólogo genético, para el cual quizás la verdad deba perseguirse frente a consideraciones "formales" de los juristas.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

STC 217/1989, de 21 de dic.: "únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia... Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECr.), que no constitu-

yen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia; b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para su defensa, y c) no constituyen medios de prueba en sí mismos los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 279 LECr.), por lo que no constituyen un medio, sino, en su caso, un objeto de prueba. Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 727 LECr., que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales".

STC 127/90, de 5 de jul. : "... además de los supuestos propiamente dichos de prueba preconstituida en los

casos en que se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción, de conformidad con los artículos 726 y 730 LECrim., pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible para su interrogatorio personal [del perito]...”.

TS, S. 4 de feb. 91: ..Es evidente que la prueba pericial practicada por el Instituto Nacional de Toxicología no sería muy factible su ratificación en el acto del juicio, toda vez que los informes emanados de dicho Centro, de indudable carácter pericial, poseen unas garantías técnicas de fiabilidad y objetividad, con ámbito nacional, que obligaría a los profesores integrantes del mismo a un desplazamiento constante por toda la geografía nacional. Es por ello, que esta Sala, ya con reiteración, ha otorgado respecto a informes del Gabinete Central de Identificación, la validez y, por tanto, la aptitud enervante de la presunción de inocencia, a los informes periciales sumariales, aunque los peritos dictaminantes no hayan comparecido en el acto del juicio oral, manifestaciones y razonamientos que pueden extenderse a cualquier otra prueba pericial, con idénticas características como la que aquí se examina -cfr. SS 23-2, 2-3, 5, 18 y 19-10-89-. (...) Si la defensa considera que debe interrogar a los autores del informe, puede en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, efectuarlo,... Puede, pues, convocar a los peritos informantes al acto del juicio oral, o bien formular la contraprueba procedente...”.

TS, Providencia 4 feb. 94: “...El TC (SS. 5 jul. 90, 11 feb. y 11 mar. 91) expresamente admite la validez de una prueba de la instrucción cuando la pericia procede de organismos oficiales o de funcionarios públicos especialmente dedicados a las tareas de que se trate, si las partes no propusieron prueba alguna para el juicio oral, pudiendo considerarse en tal caso aquella pericia como prueba documental”.

STC 103/85, de 4 de oct. : ... como él {el Ministerio Fiscal] sostiene (con apoyo en la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos) ni aun el examen de sangre constituye una ingerencia prohibida por el art. 15 [CE], (...), además el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no

se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriore un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia...”.

TS., S. 15 mar. 89: “[el imputado] es sujeto del proceso es, a su vez, el objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre la que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas”.

TS., 1ª S. 1 mar. 94: “... el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial...”.

TC. S. 19 ene. 1994: “...*el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en juicio sobre filiación. (...) Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad... (...).*”

Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, per se, una ingerencia prohibida (STC 103/85 f.j. 3). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 nov. 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, f.j.3).

... Las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan solo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos... “.

STC 37/89, de 15 de feb. : “... [la intimidad] puede ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus expresiones, ante exigencias públicas....”

El ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una realidad física sino cultural.

[Una intervención corporal no puede imponerse] en ningún caso mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución.

[La persona que deba someterse a una intervención corporal] podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes.

(...) Ni la intimidad puede, ... afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, ..., para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (.00)' que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la LECr.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial... “ .

STC 57/94, de 28 feb. : “... la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto.

La afección del ámbito de la intimidad corporal, respecto de los ciudadanos que gozan de una situación de libertad, es sólo posible por decisión judicial, que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno –art. 10.1 y 15 CE...

[La intimidad corporal no es] un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad

Una persona, contra su voluntad, no' puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal...”.

TS, 2ª S. 21 jun. 94: " *Naturaleza de la extracción de sangre desde la perspectiva constitucional. En cuanto se*

trata de, una intervención corporal que afecta a los derechos fundamentales a la integridad física y corporal (art. 15 CE) y la intimidad (art. 18.1 CE) requiere inexcusablemente un control judicial mediante Auto motivado... En segundo término, tampoco resultaba dudoso que sea necesario el consentimiento del sujeto, es decir, que éste voluntariamente se preste a la extracción. Es cierto que la más reciente y autorizada doctrina científica procesal española propugna, con cita de derecho comparado europeo, la procedencia de la «vis compulsiva»; pero no menos cierto es que la precisión del consentimiento se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS. 114, 84, de 29 nov. y 24/92, de 19 feb.)...”.

TS., S. 18 ene. 93: La CE garantiza la intimidad corporal frente a indagaciones sobre el cuerpo contra la voluntad de la persona, pero "la intimidad corporal no se identifica con una realidad física del cuerpo humano, por lo que no son intromisiones forzadas aquellas que, por las partes del cuerpo humano afectado, no suponen violación del pudor o recato según un sano criterio.

(...) Parece evidente que ha de estimarse que la inspección del interior del cuerpo humano mediante Rayos X no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta al pudor, al menos, en las concepciones dominantes en la sociedad actual, por lo que entendemos que su utilización por la Policía no requiere autorización judicial, máxime cuando, como ocurrió en el caso presente, ello se hizo sin protesta alguna por parte de quienes así fueron examinados” .

TS, S. 7 jun. 94: La negativa a someterse a una intervención corporal, siempre y cuando se ordene adecuadamente, puede suponer un delito de desobediencia ex art. 237 CP.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

AA.VV.

Investigazione (L') scientifica e criminologica nel processo penale, Cedam, Firenze, 1989.

ANTON BARBERA, F. Y DE LUIS Y TURÉGANO, J.V.

Policía Científica, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993,2 vols.

- ARAUJO JUNIOR, M.
"Técnicas biomédicas y Derecho Penal", en Rev. Jur. Castilla-La Mancha, 1989, n° 7, p. 201.
- ASENSIO MELLADO, J.M".
Prueba prohibida y prueba preconstituida, Trivium, Madrid, 1989.
- BARBERO SANTOS, M.
"Aspectos penales de las modernas técnicas biomédicas", en Rev. Jur. Castilla-La Mancha, 1989, n° 7, p.43.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A.
"Las técnicas del ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual", en Rev. La Ley, 5 jul. 1994, p. 1.
- CONSEJO DE EUROPA
Recomendación n° R. (92) del Comité de Ministros a los Estados miembros: On the use of analysis of DNA within the framework of the criminaljustice system. Comité de Ministros, 10 de febo de 1992.
- DEUTSCH, E.
"Die Genomanalyse: neue Rechtsprobleme", en ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik), 1986, n° 1, p. 1.
- DOLZ LAGO, M.J.
"Alcoholemias y juicios rápidos", en Rev. La Ley, 28 jun. 1994, p. 1.
- GARGANI, A.
"I rischi e la possibilita dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario", en Riv. ital. dir. proc. pen., 1993, n° 4, p. 1307.
- GIANELLI, P.C.
"The admissibility of novel scientific Evidence: Fryre V. United Stales, a Half-Century Later", en Columbia Law Review, vol. 80, p. 1197.
- GIMENO SENDRA, V.
"El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida", en Constitución y Proceso, Tecnos, Madrid, 1988, p. 123.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V.
Derecho Procesal.- Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N.
Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990.
- GRINDA GONZALEZ,
"Imposición de la extracción de sangre por medios coactivos", en Memoria Fiscalía General del Estado 1993, Madrid, 1994, p. 725.
- GUTIERREZ CARBONELL, M.
"Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: preconstituidas, anticipadas y plenarias", en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 9.
- KELLER, R.
"Die Genonalyse im Stratverfahren", en NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1989, n° 37, p. 2289.
- LORENTE, J.A., y OTROS
El ADN mitocondrial: los orígenes del ser humano y la identificación médico-legal, en Jano, 1994, vol. XLVI, n° 1068 y n° 1070.
- MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GOMEZ COLOMER, J.L. y MONTON REDONDO, A.
Derecho Jurisdiccional.- Proceso Penal, Bosch, Barcelona, 1993.
- NEUFELD, P.J. Y COLMAN, N.
"When the science takes the witness stand", en Scientifi American, 1990, vol. 262, n° 5; existe traducción española de López-Fragoso, "La ciencia al servicio de la justicia", en Investigación y ciencia, julio 1990.
- NICKISCH, F.
"Der technische Sachverständige im Prozess", en Effectiver Rechtsschutz und verfassungsmassige Ordnung.- Die Generalberichte zum VIII Internationalen Kongress für Prozessrecht, Gieseking, 1983, p.291.
- PERIS RIERA, J.M.
"Identificación personal: avances genéticos e interrogantes jurídicos", en Rev. Gen. Der., 1991, no564, p. 7111.
- PROKOP, O.; ROSE, M.; KÖHLER, W.
"Das DNA-Fingerprint- Verfahren und seine y Bedeutung für die Rechtspflege", en Neue Justiz, 1988, n° 12, p.496.
- ROJAS, R.M. Y GARCIA, LM.
"Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", en Doctrina Penal, 1992, n° 52-53, p.183.
- ROMEO CASABONA, C.Mª.
"Aspectos jurídicos del consejo genético", en Rev. Der. y

Genoma Humano, 1994, n° 1, p. 153.

SCHNITIER, H.; HERMANN, S.; PELUG, W.
"Untersuchung von Blut- und Sekretspuren y mit Hilfe der DNA Analyse", en MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht, 1989, n° 5, p. 402.

SEOANE SPIELGELBERG, J.L.
"Recepción en el proceso de nuevas métodos de investigación científica y derechos fundamentales", en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 401.

SERRANO HOYO, G.
"La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional", en Rev. La Ley, 16 abr. 1993. p. 1.

STALTERI, M.
"Genetica e processo: la prova del «dna fingerprint». Problemi e tendenze", en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1993, p

189.

VAZQUEZ SOTELO, J.L.
Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Bosch. Barcelona, 1984, espc. pp. 153 y ss. y 470 y ss.

VILLAR PALASI, J.L.
"El Derecho ante el genoma humano", en Act. ad., 1993, n° 25.

WHITE, R. y GREENWOOD, J.
"DNA Fingerprinting and the Law", en The Modern Law Review, 1988, vol. 51, n° 2, p. 145.

ZANDER, M.
The Police and Criminal Evidence Act 1984, Sweet & Maxwell, London, 1990.