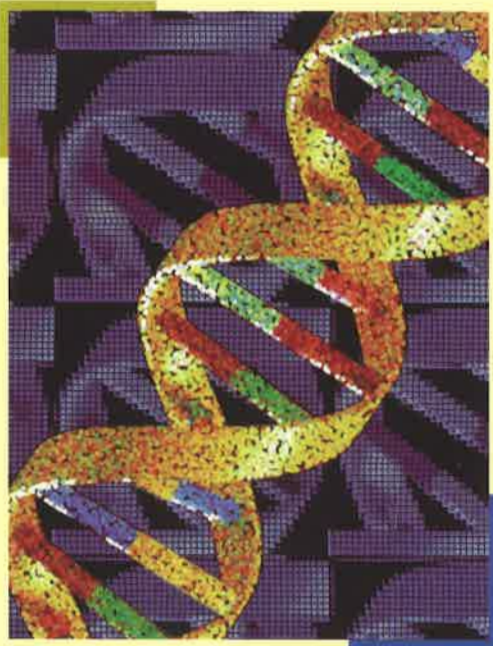


Revista de Derecho y Genoma Humano

Law and the Human Genome Review

Núm. 23 Julio-Diciembre 2005 / No. 23 July-December 2005



Fundación **BBVA**

Cátedra Interuniversitaria
Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia
de Derecho y Genoma Humano



Bizkaiko Foru
Aldundia
Diputación
Foral de Bizkaia

Inter-University Chair
BBVA Foundation - Provincial Government of
Biscay in Law and the Human Genome

Administración y Secretaría / Administration and Secretariat:

Cátedra Interuniversitaria
Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia
de Derecho y Genoma Humano
Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU

Apartado 1 - E 48080 Bilbao
Tfno.: 34. 94. 413 92 87 Fax: 34. 94. 445 55 13
email: llaraza@genomelaw.deusto.es
http://www.deusto.es/derechoygenoma.htm

Distribución / Distribution:

EDITORIAL COMARES, S.L.
Polígono Juncaril
C/ A parcela 208
18220 Albolote Granada
Tfno.: 34 958 46 53 82 / Fax: 34 958 46 53 83

Todas las partes de esta Revista pueden ser reproducidas citando el nombre completo de la Revista, el volumen, año y páginas en que fueron publicadas, así como, en su caso, el título del trabajo y el nombre del autor.

Parts of this Review may be reproduced provided that the full name of the Review, volume, year, page number(s) and, where appropriate, the title of the work and name of the author are quoted.

Descripción de la Revista: se trata de una revista en la que se reflexiona desde el punto de vista del derecho y también desde otras disciplinas.

Description of the Review: this is a review in which there are reflections from a legal point of view, as well as from other disciplines.

Publicación Semestral / Biannual Publication
Publicación impresa en papel reciclado / Printed in recycled paper

Impreso en España/Printed in Spain
Revista indexada en MEDLINE, LATINDEX, ISOC.

© Cátedra Interuniversitaria
Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia
de Derecho y Genoma Humano
Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU

ISSN: 1134 - 7198
Depósito Legal: BI-2670-94

Fotocomposición: DATACOLOR, S.A.
datacolor@datacolor.es

Impresión: GESTINGRAF
Camino de Ibarsusi, nº 3
48004 Bilbao (Vizcaya)

Consejo asesor / Comité de redacción Advisory board / Editorial committee

Editor / Publisher

Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España.

Director / Editor

Romeo Casabona, Carlos M. Director de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España. Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco/EHU, Lejona. España.

Consejo Asesor / Advisory Board

- Abrisqueta Zarrabe, José A. Investigador del Centro de Investigaciones Biológicas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid. España.
- Alonso Bedate, Carlos Investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Centro de Biología Molecular, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid. España.
- Annas, George J. Professor and Chair, Health Law Department, Boston University School of Public Health. Cofounder, Global Lawyers & Physicians (GLP), Boston, Massachusetts. USA.
- Ayala, Francisco J. Former President of the American Association for the Advancement of Science. Professor of Biological Sciences (Genetics and Evolution) and Professor of Philosophy. University of California, Irvine, California. USA.
- Baudouin, Jean-Louis Judge, Quebec Court of Appeal, Montreal. Canada.
- Bergel, Salvador Dario Profesor Titular Consulto. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Argentina.
- Brena Sesma, Ingrid Investigadora y Coordinadora del Núcleo de Estudios en Derecho y Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Capron, Alexander Morgan Director, Department of Ethics, Trade, Human Rights and Health Law. World Health Organization, Geneva. Switzerland.
- Cerezo Mir, José Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. España.
- Dausset, Jean 1980 Nobel Laureate in Medicine. Chairman of the Center for Studies of Human Polymorphism and of the "Mouvement Universel de la Responsabilité Scientifique (MURS)", Paris. France.
- De Angel Yáguez, Ricardo Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Deusto, Bilbao. España.
- De Castro, Leonardo D. Professor of Philosophy, University of the Philippines. Philippines.
- Deutsch, Erwin Director, Institute of Pharmaceutical and Medical Law, University of Göttingen, Göttingen. F.R. Germany.
- Eser, Albin Former Director, Max-Planck Institute of Foreign and International Criminal Law, Freiburg im Breisgau. F.R. Germany.
- Gracia Guillén, Diego Catedrático de Historia de la Medicina y Director del Máster de Bioética, Universidad Complutense, Madrid. España.
- Harris, John Professor of Bioethics and Applied Philosophy. University of Manchester. United Kingdom.
- Lacadena, Juan Ramón Catedrático de Genética de la Facultad de Ciencias Biológicas, Universidad Complutense, Madrid. España.
- Lenoir, Noëlle Former Delegate Minister, Paris, France.
- Mayor Zaragoza, Federico Ex-Director General de la UNESCO, París. Francia.
- Mazzoni, Cosimo Marco Chair in Civil Law. University of Siena. Fiesole. Italy.

McGee, Glenn	Professor and Director, Center for Medical Ethics Research. Medical Center. Albany, USA.
Nys, Herman	Professor of Medical Law, University of Leuven, Leuven. Belgium.
Roca Trías, Encarna	Magistrada del Tribunal Supremo, Madrid. España.
Simon, Jürgen	Professor of Economic Law and Private Environmental Law. Head of the Research Centre on Biotechnology & Law. University of Lüneburg, Lüneburg. F.R. Germany.
Smith, Hamilton O.	1978 Nobel Laureate in Medicine. Professor, Faculty of Medicine, Johns Hopkins University, Maryland. USA.
Soutullo, Daniel	Profesor de Biología. IES Monte da Vila. O Grove, Pontevedra. España.

Comité de Redacción / Editorial Committee

Emaldi Cirión, Aitziber	Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Coordinadora de Publicaciones Periódicas y Jornadas de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España.
Escajedo San Epifanio, Leire	Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación. Coordinadora de Estudios de Postgrado de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Lejona, España.
Goni, Félix M.	Director de la Unidad de Biofísica del CSIC/U del País Vasco. Catedrático de Bioquímica y Biología Molecular, Universidad del País Vasco/EHU, Lejona. España.
Grisolla, Santiago	Presidente del Consejo Valenciano de Cultura (CVC). Presidente del Comité de Coordinación Científica de la UNESCO para el Proyecto Genoma Humano. Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia. España.
Martín Uranga, Amelia	Doctora en Derecho. Profesora-tutora de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. España. Asesora de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España.
Mendizábal Allende, Rafael de Nicolás Jiménez, Pilar	Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, Madrid. España. Doctora en Derecho. Coordinadora de Proyectos de Investigación de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España.
Pardo García, Juan Bautista	Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Vitoria. España.
Romeo Casabona, Carlos M.	Director de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco/EHU, Lejona. España.
Romeo Malanda, Sergio	Doctor en Derecho. Coordinador de Relaciones Internacionales de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España.
Urruela Mora, Asier	Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco/EHU. Coordinador de Monografías y Seminarios de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao. España.
Villar Palasí, José Luis	Catedrático Emérito de Derecho Administrativo, Universidad Complutense, Madrid. España.

Revista de Derecho y Genoma Humano

Law and the Human Genome Review

Núm. 23 Julio-Diciembre 2005 / No. 23 July-December 2005

Sumario / Summary

Opinión / Opinion

- Limitation of medical research in German Law*
Erwin DEUTSCH (Göttingen, Federal Republic of Germany) 15

Doctrina / Articles

- Reflexiones sobre un modelo de articulación constitucional del poder público en el ámbito de las ciencias biomédicas*
Fernando FONSECA FERRANDIS (Madrid, España) 33
- Sistema jurídico-biotecnológico y derecho de la vida: una aproximación desde el derecho europeo y español*
Lorenzo MELLADO RUIZ (Almería, España) 57
- La protección penal del Patrimonio Genético en Brasil (Comentarios a la nueva "Ley de Bioseguridad", de 24 de marzo de 2005)*
Gisele MENDES DE CARVALHO, (Maringá, Brasil) 93

The status of the extracorporeal embryo in German Law (Part. II)
Carola MÜLLER (Freiburg im Breisgau, Federal Republic
of Germany) 139

Gene tests and employees in an international comparison
Jürgen SIMON / Christian RAVENSTEIN (Universität Lüneburg,
Federal Republic of Germany) 167

Jurisprudencia / Case Law Notes

*La intervención judicial en la prueba de ADN (Comentario
a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
n.º 501/2005, de 19 de abril de 2005 y n.º 1311/2005,
de 14 de octubre de 2005)*
Arantza Libano Beristain (Barcelona, España) 193

Informes / Reports

*El ADN: Un tsunami genético que arrasó con el formulismo
procesal. El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre*
Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI (Lima, Peru) 211

Documentos / Documents

*Informe sobre organismos modificados genéticamente en la
agricultura y la alimentación / Report on genetically modified
organisms in agriculture and food* 217

*Ley Peruana que regula el proceso de filiación judicial
de paternidad extramatrimonial* 223

*Universal Declaration on Bioethics and Human Rights.
Adopted by acclamation on 19 october 2005 by the 33rd
session of the General Conference of UNESCO* 227

Bibliografía / Bibliography

Recensiones de libros / Books 241

Pruebas Genéticas. Genética, Derecho y Ética, AA.VV.
(Sergio Romeo Malanda) 241

*Las leyes de la Bioética, María Casado / Salvador Darío Bergel /
Mariana Doberning / Gonzalo Figueroa Yáñez / Ana Sánchez
Urrutia*
(Albert Royes) 245

*Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la
bioética contemporánea, Jorge José Ferrer / Juan Carlos Álvarez
(Daniel Soutullo)* 247

*Referencias bibliográficas y documentales /
References to books, articles in periodicals and
to other documents* 251

La intervención judicial en la prueba de ADN (Comentario a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 501/2005, de 19 de abril de 2005 y n.º 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)

Prof. Dra. Arantza Libano Beristain

Profesora Asociada de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona (España)

Sumario/Summary: 1. Antecedentes de hecho y Fundamentos jurídicos. 2. Naturaleza jurídica de los análisis de ADN en el ámbito del proceso penal: ¿diligencias de investigación o/y de prueba? 3. Contenido de la diligencia de ADN. 4. Las intervenciones corporales como mecanismo habitual de obtención de la muestra indubitada. 5. ¿Existencia de prueba ilícita, con la consiguiente vulneración de la presunción de inocencia? 5.1. La intervención judicial en la autorización de la recogida de la muestra. 5.2. La necesaria intervención judicial y la contradicción en la diligencia de ADN, como prueba anticipada. 6. Algunas conclusiones

Resumen/Abstract El Tribunal Supremo ha causado controversia con dos recientes sentencias, las cuales claramente demuestran una falta de criterio único en la jurisprudencia Española en el análisis de información genética en su aplicación en un proceso criminal para identificar a una persona. Las pruebas de ADN no pueden ser usadas sin intervención judicial de acuerdo con el derecho español.

The controversy has been arisen by the Spanish Supreme Court in two recent judgments, as they clearly show the lack of a unique criterion in the Spanish jurisprudence when genetic data have to be analysed in the course of a criminal process, in order to identify a person. The DNA proof cannot be practised without judicial intervention under Spanish law.

1. Antecedentes de hecho y Fundamentos jurídicos

El presente trabajo analiza algunos aspectos de dos recientes sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS), a saber, la 501/2005, de 19 de abril, y la 1311/2005, de 14 de octubre. La controversia suscitada por las mismas gira en torno a la licitud o ilicitud de la prueba de ADN practicada, en la cual ambas basan sus pronunciamientos para absolver y condenar, respectivamente, al acusado.

Del texto de las resoluciones citadas que hemos manejado,¹ se desprende que nos encontramos ante dos supuestos, enmarcados dentro de la *kale borroka*, con autores distintos (en uno, Alexander, y, en el otro, Orkatz G.S.).² Ahora bien, no podemos ignorar la práctica, relativamente habitual en el ámbito del proceso penal, de modificar los datos identificativos de los acusados, para evitar en lo posible su reconocimiento, a la hora de difundir las resoluciones judiciales dictadas. Por ello, teniendo en cuenta las informaciones vertidas en algunos medios de comunicación,³ y la coincidencia de fechas en relación con la detención efectuada, podemos suponer que nos hallamos ante un mismo acusado que en la instancia fue condenado penalmente tras la sustanciación de dos procesos, resolviendo, en cambio, dos Secciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo los recursos de casación presentados de forma esencialmente contradictoria, pues mientras una consideró que se había producido la vulneración de un derecho fundamental, la otra declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

A continuación, realizaremos una breve exposición de los hechos considerados probados y del fallo de las resoluciones que pusieron fin a la instancia.

¹ Así, en relación con la Sentencia del TS (en adelante, STS) 501/2005, hemos utilizado el texto incluido en la base de datos de «Westlaw» (RJ 2005/4190); mientras que, para la segunda, es decir, para la STS 1311/2005, se ha acudido al facilitado por la «Ley Nexus (Wolters Kluwer España)».

² Sorprende, en esta línea, que en el portal del Tribunal Supremo encontremos en relación con la STS n.º 1311/2005, de 14 de octubre de 2005, referencias al acusado como "Guillermo", y, en otro lugar, como "O.G.S.". Así, se le denomina "Guillermo", si hacemos la búsqueda a través de la «Base de Datos»; mientras que, por el contrario, se mantienen sus iniciales reales, si optamos por realizar el proceso a través del apartado «Actualidad jurisprudencial».

³ En este sentido, el periódico EL PAÍS de 23-XI-2005, en su versión digital, tituló el artículo de la siguiente manera: "El Supremo condena a un etarra con la misma prueba que sirvió para absolverle".

En el primero (que propició la STS 501/2005), se enjuició la quema de un autobús urbano por parte de un grupo de personas, tras obligar al conductor a descender del vehículo. Al darse a la fuga, uno de los intervinientes perdió la indumentaria que llevaba a modo de capucha para cubrir su rostro (una manga de jersey), prenda ésta que, posteriormente, fue recogida por miembros de la *Ertzaintza*.

En la sentencia que puso fin a la instancia, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó a Alexander como autor de un delito de daños terroristas, apreciándose la circunstancia agravante de disfraz (art. 22.2.ª CP), a una pena privativa de libertad de 5 años y multa de 24 meses, fijando una cuota diaria de 10 €. Asimismo, el tribunal sentenciador estimó que los hechos descritos constituían un delito de coacciones de carácter terrorista, imponiendo una pena de 3 años de prisión, concurriendo aquí también la agravante descrita. Además, el órgano decisor impuso la pena de inhabilitación absoluta a Alexander durante el tiempo de duración de las penas privativas de libertad señaladas y durante 6 años más. Junto con la acción penal, se ejercitó la civil, con la fijación de las consiguientes indemnizaciones.

En el segundo proceso (resuelta la casación mediante STS 1311/2005), de los hechos probados se desprende que el acusado (Orkatz G.S.), junto con otros individuos, colocó un artefacto explosivo en una sucursal bancaria, con la causación de destrozos y daños materiales. Aquí también se utilizó una camiseta como pasamontañas –abandonada después–, para cubrir la cara de la persona que posteriormente resultó condenada. Tras la sustanciación de la fase de juicio oral, la Audiencia Nacional condenó por un delito de daños terroristas, con la concurrencia de la agravante de disfraz, a 6 años de pena privativa de libertad, privación del derecho de sufragio pasivo por dicho tiempo e inhabilitación absoluta por 6 años más, y al pago de los daños y perjuicios causados a la entidad bancaria.

En ambos casos, la prueba de cargo que sirvió para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar así la condena fue la del análisis de perfiles de ADN. Y es que, meses después de los hechos narrados, y partiendo de la hipótesis de que se trata de la misma persona (llámesele Alexander, Orkatz G.S. o Guillermo), tras ser detenido por su posible participación en otros hechos vinculados con la violencia callejera, escupió en la celda en la que se hallaba, muestra biológica externa que fue recogida por efectivos de la *Ertzaintza*. El estudio genético de ambas

prendas utilizadas para cubrirse (el trozo de jersey y la camiseta previamente aprehendidos) y de los restos de saliva escupidos dio como resultado un ADN coincidente.

Las sentencias de condena en la instancia fueron recurridas en casación, con resultado diverso.

A continuación expondremos cuáles fueron las razones básicas aducidas para presentar sendos recursos de casación (ambos por infracción de ley y de precepto constitucional). En este sentido, debemos adelantar que las diversas alegaciones realizadas por la parte recurrente en relación con una posible vulneración de derechos fundamentales, básicamente, se centraron en la prueba de ADN practicada.

2. Naturaleza jurídica de los análisis de ADN en el ámbito del proceso penal: ¿diligencias de investigación o/y de prueba?

Una de las peculiaridades del examen de perfiles de ADN es que éste se realiza dentro del proceso penal tan pronto como sea posible, dado que sus resultados pueden ayudar a la identificación de los autores de los hechos objeto de investigación. En consecuencia, este estudio genético habitualmente se llevará a cabo en la fase de instrucción, lo cual significará que nos hallamos ante una diligencia o acto de investigación.

Sin embargo, en la praxis judicial estos análisis son utilizados, asimismo, como medios probatorios, con la especialidad de que la práctica de los mismos acaece en un momento procesal anterior al previsto por la ley.⁴ Por lo demás, esta prueba ofrece un resultado de gran fiabilidad.⁵

Así, en los casos base de nuestro comentario, el examen del ADN sirvió como soporte para poder dirigir la acusación contra una determinada persona, pero, también, para destruir la presunción de inocencia e imponer una sanción penal contra dicho individuo.

⁴ En concreto, tendrían cabida en las categorías de la prueba preconstituida o anticipada, conceptos éstos no exentos de polémica, dada la falta de consenso doctrinal en lo referente a su contenido.

⁵ En este sentido, v. ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 256.

No obstante, la realización de esta prueba en un momento anterior al previsto para la práctica de los medios probatorios, no debe ir en detrimento de las garantías para el inculpado, pues entre las notas características de los análisis de perfiles de ADN, cabría destacar la repetibilidad de éstos, tantas veces como resulte preciso,⁶ incluyendo la posibilidad de que sea solicitado un análisis alternativo.

3. Contenido de la diligencia de ADN

Dado los avances científicos experimentados en relación con el particular, actualmente la práctica de los análisis de ADN no reviste especial complejidad. Sin embargo, tal como nos recuerda el profesor ROMEO CASABONA, en estos casos más que la propia diligencia de ADN, resulta decisivo garantizar la incolumidad de la «cadena de custodia», referida ésta al «aseguramiento de la identidad y la adecuada recogida, conservación, manejo y custodia del vestigio o muestra biológica a lo largo de todos sus avatares técnicos y procesales».⁷

En concreto, cabe distinguir dos elementos necesarios para poder efectuar el correspondiente examen genético. Así, esta diligencia consiste básicamente en comparar una muestra denominada «dubitada», esto es, normalmente obtenida del lugar donde ocurrieron los hechos (del cuerpo del sospechoso, de la víctima, etc.), pero de identidad desconocida, con otra considerada «indubitada», por no existir duda alguna en cuanto a su pertenencia u origen.

En nuestro supuesto, la comparación de muestras se realizó entre aquellas prendas utilizadas durante la comisión de los hechos para evitar poder ser reconocido, y los restos biológicos salivares obtenidos durante

⁶ ROMEO CASABONA, «Prólogo», en ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. XVII, pone de manifiesto que «los análisis de identificación por el ADN, gracias al polimorfismo del ADN no codificante, es decir, a su variabilidad de unos individuos a otros, ofrecen la ventaja de su excepcional capacidad individualizadora e identificativa; y, gracias también a una técnica replicante del ADN de la muestra disponible —la reacción en cadena de la polimerasa, PCR—, permite que aunque ésta sea mínima (restos de saliva, uno o varios cabellos), puedan realizarse cuantos análisis sean necesarios, dado que las pruebas así practicadas no comportan el agotamiento o la destrucción de la muestra biológica, incluso aunque los restos biológicos sean muy antiguos».

⁷ V. ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, cit., pp. 255, 256.

la permanencia del imputado en dependencias policiales. El cotejo de muestras evidenció la coincidencia de perfil genético, lo que significa afirmar que el ADN correspondiente a los vestigios biológicos de la camiseta y de la manga del jersey encontrados en el lugar de los hechos se correspondían con el de la materia orgánica escupida.

4. Las intervenciones corporales como mecanismo habitual de obtención de la muestra indubitada

En estos casos de análisis de los perfiles de ADN, el primer equívoco puede ser el de considerar que la obtención de la muestra indubitada se ha de realizar, en todo caso, mediante una diligencia de intervención corporal, acordada a través de resolución judicial motivada. Lo anterior obedece a que el procedimiento ordinario para conseguir la materia orgánica no dubitada, ante la ausencia de consentimiento del sujeto, suele ser a través de una intervención corporal.

Sin embargo, en las resoluciones objeto de comentario, pese a que la muestra indubitada recogida para el posterior análisis pericial proviene de un cuerpo humano vivo (la muestra de saliva del sospechoso una vez detenido), no nos hallamos ante una diligencia de intervención corporal, precisamente por la inexistencia de "extracción"⁸ corporal alguna.

Así, en el caso que nos ocupa se produjo una expulsión voluntaria de materia orgánica (saliva escupida), lo cual supone que no fue preciso "intervenir" sobre el imputado para la obtención de la misma.

5. ¿Existencia de prueba ilícita, con la consiguiente vulneración de la presunción de inocencia?

Una vez descartada la existencia de intervención corporal en relación con el caso expuesto, debemos examinar si se vulneró algún derecho fundamental en el transcurso de ambos procesos penales. En concreto, centraremos el estudio en la necesidad de intervención judicial y de contradicción en la diligencia de análisis de ADN, y estudiaremos las

⁸ V. ETXEBERRIA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 64, quien incluye dentro de la categoría de intervenciones corporales "la extracción de muestras o tejidos corporales".

garantías constitucionales aplicables al proceso que en nuestra opinión han podido resultar vulneradas, con independencia de que se haya debatido doctrinalmente y se mencionen en ambas sentencias otros derechos fundamentales implicados.⁹

Y es que, detrás de los dos casos objeto de nuestro comentario, late una cuestión no resuelta, que quizá aquí se torna aún más llamativa, si cabe, por afectar dichas resoluciones contradictorias a un mismo sujeto.¹⁰

5.1. La intervención judicial en la autorización de la recogida de la muestra

El tema de la iniciativa judicial en relación con la diligencia de examen de ADN no resulta pacífico, especialmente si tenemos en cuenta la escueta regulación que en la LECr. encontramos en el ámbito de los análisis genéticos. En las líneas siguientes, intentaremos esbozar las razones que nos llevan a considerar preferible la opción de exigir la intervención (anterior o, incluso en casos de urgencia, posterior) del juez en lo referente a la recogida de las muestras de ADN, siendo conscientes de que *de lege lata* podría, asimismo, sostenerse la solución contraria –tal como, por otro lado, se desprende de la lectura de la STS, de 14 de octubre de 2005.

En primer lugar, no podemos olvidar, tal como pone de manifiesto el profesor ROMEO CASABONA, que "los análisis de perfiles de ADN tienen la naturaleza jurídica de datos de carácter personal, con independencia de su carácter íntimo o no íntimo. Por consiguiente, también en relación con estos datos debe defenderse que se asuman y adopten, en su caso, garantías de protección semejantes a las que suelen propugnarse en

⁹ En relación con el particular, entre otros, v. ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, cit., pp. 258-261; ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pp. 189-289; MORA SÁNCHEZ, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, 2001, pp. 77-208; URRUELA MORA, *Las bases de datos de perfiles de ADN: Aspectos criminológicos, científico-técnicos y procesales*, Gobierno del Estado de México. Procuraduría General de Justicia. Instituto de Formación Profesional y Capacitación, Toluca (México), 2004, pp. 12-20.

¹⁰ Simplemente dejaremos apuntado el tema relativo a la ausencia de motivación ante un cambio jurisprudencial tan evidente como el presente, que podría considerarse vulnerador de la garantía de igualdad de aplicación de la ley por los tribunales. Seguramente, y sin que quede por ello justificado, lo anterior sea debido a la cercanía temporal de ambos recursos.

relación con otras pruebas o intervenciones corporales y con otros datos de carácter personal, como es la confidencialidad sobre esos datos, en particular los resultados obtenidos de la comparación de los perfiles del ADN del sujeto sometido a examen con los de la muestra tomada como referencia".¹¹

Por ello, estimamos que, en relación con los autos, una vez se tuvo conocimiento de la existencia de restos orgánicos (la saliva escupida por el sospechoso en dependencias policiales), se debería haber comunicado tal hallazgo a la autoridad judicial, a fin de solicitar su autorización para la recogida de la misma y su posterior análisis.

Procedamos, a continuación, a comentar las disposiciones contenidas en la LECr. aplicables a los análisis genéticos.¹² Por una parte, del art. 326 de la citada norma procesal, referido concretamente a la obtención de la muestra dubitada, parece extraerse la consecuencia de la necesaria intervención del juez, quien "adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282".¹³

Por otro lado, la referencia a la obtención de muestras biológicas indubitadas para la realización de análisis de perfiles de ADN, en el ámbito del procedimiento ordinario por delitos la tenemos en el art. 363 LECr., que dispone lo siguiente: "Los Juzgados y Tribunales ordenarán la

¹¹ ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, cit., p. 261.

¹² Conviene poner de manifiesto que, el cambio legislativo introducido mediante la Disposición Final 1.ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal, y afectó a la regulación de los análisis genéticos, no ha abordado directamente la cuestión objeto de examen en los casos referidos. Como tendremos ocasión de poner de manifiesto, el problema central derivado de estos supuestos es el relativo a la necesaria intervención judicial a fin de proceder a la recogida de la muestra indubitada, cuando ésta es externa.

¹³ El art. 326 LECr. reza así: "Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral si fuere posible, (...). Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282". El art. 282 LECr., por su parte, menciona las funciones de la policía judicial en el seno del proceso penal.

práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.¹⁴ Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

De la lectura del citado precepto se deduce que el legislador, a la hora de redactar este artículo, tiene en mente la idea de que, para obtener la muestra indubitada, se ha de conseguir ésta directamente del cuerpo del sospechoso. Sin embargo, tal como podemos observar en los hechos que venimos comentando, cabe, asimismo, que esa toma se realice sin necesidad de realizar ninguna diligencia de intervención corporal (sea, por tanto, una muestra corporal externa). Pero, pese a todo, parece que son los jueces y magistrados quienes han de ordenar las diligencias de análisis de ADN.¹⁵

Asimismo, tiene especial relevancia en relación con el particular el art. 284 LECr., que establece para los agentes de la policía judicial la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial todas las

¹⁴ Para el procedimiento abreviado, el art. 778.3 LECr. señala: "El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale".

¹⁵ Cabría considerar que en relación con los hechos, el órgano judicial tendría que conceder autorización para la recogida de la muestra, a fin de poder realizar con posterioridad los análisis de perfiles del ADN, dado que, por un lado, resultan "absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia"; y, por otro, "adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad". Este principio de proporcionalidad se ha venido vinculando, básicamente en el marco de las intervenciones corporales necesarias para la obtención del material biológico preciso para la realización de la prueba de ADN, con la naturaleza grave del delito objeto de enjuiciamiento. De acuerdo con el art. 13 CP, el carácter grave del delito concurrirá en aquellas infracciones que la Ley castiga con pena grave, y, entre las penas graves se encuentra, según el art. 33 CP, la prisión superior a 5 años; lo cual concurre, en los dos casos comentados. Sin embargo, no resulta intrascendente la consideración de si esta proporcionalidad ha de darse sólo en los supuestos en que se haya practicado "inspección, reconocimiento o intervención corporal" de algún tipo, o en todo caso de recogida de muestras, para un posterior examen genético.

actuaciones que hayan de realizar, o si no fuera posible hacerlo durante el transcurso de las mismas, una vez hayan concluido éstas.¹⁶

Por todo ello, debemos concluir que, en nuestra opinión, resulta más acertada la posibilidad de considerar necesaria la autorización judicial en todo caso a la hora de decretar la recogida de la muestra a fin de practicar la diligencia de análisis de perfiles de ADN, máxime si tenemos en cuenta los peligros derivados de una mala *praxis* en este ámbito pericial.

El siguiente paso que dentro del presente razonamiento habríamos de dar, es el de valorar las consecuencias de la falta de dicha intervención judicial, bajo nuestro punto de vista imprescindible, pese a la inexacta e incompleta previsión normativa contenida al respecto en la LECr.

La doctrina ha distinguido en atención a los defectos que pueden afectar a la prueba, entre otros, dos tipos o categorías: la prueba irregular, defectuosa o ilegal, por un lado; y, la prueba ilícita, por otro.¹⁷ En los supuestos analizados, parece que nos encontramos ante un caso de prueba irregular, por haber sido ésta obtenida sin ajustarse a los requisitos contemplados en la legalidad (ordinaria) procesal penal.¹⁸ No obstante, ni siquiera esta apreciación resulta pacífica en el marco de los casos examinados, pues en el art. 363 LECr. no encontramos explícitamente contemplado el supuesto objeto de nuestro comentario, a saber, la necesidad de autorización judicial para la obtención de la muestra indubitada, cuando no resulta preciso practicar intervención corporal alguna al sospechoso.

Incluso, cabría plantearse la posibilidad de que los supuestos contemplados incurrieran en el terreno de la prueba ilícita, regulada ex

¹⁶ En concreto, el art. 284 LECr. prevé lo siguiente: "Inmediatamente que los funcionarios de policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público, o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio fiscal, si pudiere hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso lo harán así que las hubieren terminado".

¹⁷ V. PICÓ I JUNYOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 288-311, quien distingue la prueba ilícita de otros conceptos afines como son las prohibiciones probatorias, la prueba ilegal o irregular, la prueba ilegítima, la prueba viciada y la prueba clandestina.

¹⁸ Según el profesor PICÓ I JUNYOY, *ibid.*, p. 290, "por prueba ilegal o irregular debe entenderse aquel elemento probatorio obtenido o practicado con vulneración de preceptos que no gozan del *status* jurídico privilegiado de los arts. 14 a 29 CE".

art. 11.1 LOPJ, cuyo tenor literal reza así: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".¹⁹

Si se parte de una concepción amplia de la presunción de inocencia,²⁰ como la que defiende Miranda Estrampes, el incumplimiento, en el ámbito probatorio, de los requisitos previstos en la ley procesal, siempre y cuando éstos se prevean como garantía, puede, de ser la única prueba de cargo, acarrear una vulneración de la mencionada presunción de inocencia, por considerar "la prueba irregular o defectuosa no (...) una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última".²¹

En el recurso de casación resuelto mediante STS n.º 501/2005, de 19 de abril, la parte recurrente, entre otros motivos, denunció, ex art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración del art. 24.2 Const., en relación con la presunción de inocencia. Motivo éste que fue estimado por la Sala 2.ª del TS, por considerar que "no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra Ley procesal. No había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario

¹⁹ Resulta de gran interés reproducir en este sede las palabras de ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., p. 291, quien pone de relieve que "tampoco extraña que se hayan manifestado ciertas objeciones a la exclusión de eficacia probatoria en diligencias consideradas, como es el caso del ADN, objetivamente determinantes de la identidad de las personas". Sin embargo, debemos tener presente, tal como señala RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 7.ª ed., Atelier, 2005, p. 364, que las garantías constitucionales aplicables al proceso son "verdaderos protocolos de calidad".

²⁰ Sobre este derecho previsto en el art. 24.2 Const., v. la monografía de VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993. Asimismo, pueden consultarse los trabajos de VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005. Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en torno al contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido la de entenderlo como el "derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo obtenida con todas las garantías, a través de las cuales sea posible considerar acreditado, de forma no irrazonable conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, el hecho punible en todos sus elementos y la intervención del acusado en los mismos" (STC 209/2001, de 22 de octubre).

²¹ Así, v. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 49, 87-94.

policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente, el joven Alexander. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron". (f.j. 3.º)

En relación con el particular, nos mostramos partidarios de una interpretación como la reproducida, en cuanto a la necesaria autorización judicial para proceder a la recogida de la muestra; aun así, somos conscientes de que, a partir de la lectura de los preceptos procesales anteriormente citados, no cabe, necesariamente, extraer tal conclusión. Ello obedece a que en una situación en la cual no resulta preciso la realización de intervención corporal alguna, como la que venimos comentando, la letra de la ley no facilita una respuesta unívoca en relación con la necesidad de autorización judicial a fin de proceder a la recogida de la muestra corporal externa.

Sin embargo, sólo cabría entender que dicha omisión puede acarrear vulneración de la presunción de inocencia, si se mantiene un concepto amplio de prueba ilícita, o, dicho de otra forma, del mencionado derecho fundamental previsto en el art. 24.2 Const.

5.2. La necesaria intervención judicial y la contradicción en la diligencia de ADN, como prueba anticipada

Tal como hemos apuntado, resulta habitual la consideración de las diligencias sumariales de obtención y posterior análisis de muestras de ADN, asimismo, como medios probatorios.

La razón de ello no se halla en que dichos actos de instrucción sean de imposible o muy difícil reproducción, sino que lo perseguido es evitar suspensiones del acto del juicio oral (arts. 725, 657 LECr.). Para ello, se utiliza el argumento de la fiabilidad de los resultados obtenidos en dichos análisis genéticos.

Concretamente, en los dos casos objeto de comentario, se optó por incorporar al juicio oral los resultados obtenidos en fase de instrucción, parece que mediante la declaración testifical de los agentes que intervinieron en la recogida de muestras y citando a la vista oral a los facultativos que realizaron dicho examen genético.

Sin embargo, en nuestra opinión, dicha opción sólo debe aceptarse para aquellos supuestos en que no sea posible la repetición de dicha actuación en la fase de juicio oral, dadas las garantías que han de rodear a todo medio probatorio, es decir, a aquellos elementos que pueden servir para formar la convicción del juez, sea para condenar sea para absolver.²²

Además, en el texto de las resoluciones manejadas, no queda claro el papel desempeñado por el juez de instrucción, no ya en el ámbito de la autorización de la recogida de la muestra indubitada, ya comentado *supra*, sino en lo que se refiere al control de la práctica misma de dicha prueba, determinante para las condenas en la instancia, comprobando aspectos tales como el contenido del informe pericial, y, en concreto, la "relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado" (art. 478 LECr.).

Por ello, si bien en supuestos de imposibilidad de repetición de una diligencia pericial o para evitar suspensiones del acto del juicio oral, el ordenamiento jurídico permite no realizar de nuevo dicha pericia (ex art. 730 LECr.), no vemos en casos como los que venimos analizando inconveniente alguno en reproducir dicha diligencia de examen de ADN ante el órgano sentenciador, pues el problema relativo a la más que probable suspensión de las sesiones del juicio oral desaparece si, dentro de la fase de juicio oral, se opta por practicar dicho examen en un momento anterior al acto del juicio (art. 657 LECr.), a lo cual se viene denominando prueba anticipada.

²² Según doctrina consolidada del TC, que reproducimos a través de lo dispuesto en la STC 10/1992, de 16 de enero, "sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el art. 741 LECr., pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes. Pero no es menos cierto que también se ha dicho por este Tribunal que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatar en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Ello es claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba (...) preconstituida, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el juicio oral".

Por tanto, a fin de evitar la disminución de las garantías exigibles a los medios probatorios, entre las que se encuentran la de la necesaria intervención judicial, la de la contradicción (ya que los resultados de prueba de perfiles de ADN puedan servir como elemento probatorio incriminatorio, pero también exculpatario) y la de la asistencia letrada (para poder solicitar, en su caso, incluso la práctica de un análisis alternativo), consideramos que dicha diligencia debería haberse repetido en el juicio oral. Lo contrario significará la vulneración del derecho de defensa previsto en el art. 24 Const. Y dado que en los supuestos comentados, el resultado del análisis de perfiles de ADN fue el único elemento probatorio de cargo existente, si consideramos no respetado el derecho fundamental de defensa, habremos de concluir afirmando que nos hallamos ante un caso de prueba ilícita, y, en consecuencia, mantener que la presunción de inocencia se vio lesionada.²³

Sin embargo, de las resoluciones comentadas, no se desprende, al fundamentar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, un hilo argumentativo como el señalado.

6. Algunas conclusiones

En primer lugar, debemos criticar la falta de motivación existente en la segunda de las sentencias comentadas, precisamente aquélla que confirmó la condena dictada en la instancia, basándose en la validez de la prueba de ADN practicada. El hecho de que anteriormente en un caso análogo la misma Sala del Tribunal Supremo se hubiera pronunciado en sentido absolutamente contrario, obligaba en aras al cambio de criterio a motivar de manera adecuada el mismo. Dado que ello no ocurrió, probablemente al pasar desapercibido este hecho para los integrantes del Alto Tribunal (lo cual pudo suceder como consecuencia de la proximidad temporal en la resolución de ambos recursos de casación), resulta eventualmente posible que en un hipotético y más que probable recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, éste sea concedido.

Por otra parte, dada la magnitud de la discrepancia existente entre los magistrados del Alto Tribunal sobre tan relevante cuestión, estimamos

²³ Por su parte, ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pp. 297, 298, se decanta por considerar dicha omisión de la intervención judicial manifestación de la ilicitud probatoria. Para ello, el citado autor basa su argumentación en pro de la ineficacia de la prueba obtenida en la vulneración del derecho

que dicho tema merecería ser tratado a través de un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En nuestra opinión, tal como hemos intentado poner de relieve a lo largo del presente comentario, debemos exigir también en estos casos en que la muestra reviste la categoría de "externa" –por no haber sido necesaria la toma directa del cuerpo del sospechoso–, intervención judicial motivada, que autorice la recogida, al objeto de practicar después la diligencia del ADN. Estimamos que ésta puede ser posterior incluso a la propia recogida de la toma, si existiera peligro de desaparición de ésta, pero en todo caso ha de concurrir.

Ahora bien, entender que en un caso de ausencia de dicha autorización, y ante la inexistencia de otros elementos probatorios incriminatorios, se ve vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, sólo cabe desde un entendimiento *lato sensu* de la prueba ilícita.

En cambio, nos mostramos partidarios de considerar lesionada la presunción de inocencia, ante supuestos en que los análisis de perfiles de ADN resultan la única prueba incriminatoria, si ésta no se ha practicado con todas las garantías previstas por la jurisprudencia constitucional, a saber, y entre otras, con la necesaria intervención judicial y con contradicción. Así, no habría de acudirse a posiciones minoritarias que extienden el concepto de prueba ilícita previsto en el art. 11.1 LOPJ a supuestos de prueba ilegal, para considerar vulnerado un derecho fundamental, en concreto, el de defensa.

En consecuencia, las diligencias de examen de ADN realizadas en fase de instrucción deben ser repetidas, respetando todas las garantías aplicables a los medios de prueba, ante el órgano sentenciador, al objeto de que éste pueda utilizar dichos resultados para fundamentar su sentencia (condenatoria o absolutoria).

Todo ello nos conduce a considerar necesaria una regulación completa que aborde de manera integral los diversos aspectos relacionados con la diligencia de análisis de perfiles de ADN, así como las cuestiones con ella vinculadas (como la relativa a la creación de bases de datos de perfiles de ADN). En este sentido, resulta criticable la técnica legislativa consistente en la introducción de importantes reformas procesales, mediante modificaciones en la normativa material, tal como ocurrió con los arts. 326.3 y 363.2, añadidos por la Disposición Final 1.^a 1.º de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el Código Penal.