

Justicia 2010

REVISTA DE DERECHO PROCESAL



Año 2010 n° 3-4

FUNDADA EN 1981 POR
José Almagro Nosete
Valentín Cortés Domínguez
Faustino Gutiérrez-Alviz
Juan Montero Aroca
Francisco Ramos Méndez
Manuel Serra Domínguez

DIRECTOR
Francisco Ramos Méndez

JB
BOSCH EDITOR

ÍNDICE

JUSTICIA. REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Publicación semestral.

Consejo de redacción y recepción de originales:

Paseo de Gracia, 92

08008 Barcelona

Tel. 93 487 11 12

rya@rya.es

Director: Dr. Francisco Ramos Méndez

Edición y administración de la revista:

Liberaría Bosch, S.L.

Avenida Diagonal, 382

08037 Barcelona

Tel. 93 394 36 00

editorial@jmboscheditor.com

EN ESTRADOS

Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chiovenda,

por MANUEL CACHÓN 13

1. "Aquel profesor desconocido" 15

2. Formación académica y primeras publicaciones de Casais 22

3. El primer discípulo español de Chiovenda 25

4. Docencia en la Universidad de Santiago de Compostela.... 31

5. El primer volumen de la traducción española de los "Principii" de Chiovenda 32

6. Las alabanzas de Beceña a Chiovenda..... 35

7. La "feroz acometida" de Beceña contra la traducción de Casais 39

8. La rivalidad académica existente entre Beceña y Casais, y la idea del ataque preventivo 49

9. Una recensión entre pugnas editoriales..... 55

10. La nota de Chiovenda (nunca publicada en España) referida a las críticas que Beceña había formulado contra la traducción de Casais..... 58

11. Publicación del segundo volumen de la traducción española de los "Principii" y abandono de los estudios procesales por parte de Casais 64

12. Un brillante funcionario público, experto en el tema de la vivienda social y en política internacional, recibido por Mussolini en el Palacio Chigi 66

© 2010 

Liberaría Bosch, S.L.

Av. Diagonal, 382

08037 BARCELONA

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Díjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 0211-7754
D.L.: B-46995-2009

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà • cspaya@sbeditorialdesign.com
Impresión: Publidisa

Printed in Spain – Impreso en España

13. Un agregado comercial destituido por el Gobierno de la República y por el Gobierno de Franco	72
14. Un remanso de paz: autor de libros de viajes en el Brasil	79
15. Nueva desventura de Casals: la sanción que se le impuso en el expediente de responsabilidades políticas ...	80
16. Otra tropelía infligida a Casals (el embargo y la subasta ilegales de su casa), con un final judicial feliz	85
17. Últimos años transcurridos entre el Brasil y Santa Cruz de Tenerife. Fallecimiento	89
18. Anexo documental	90
18.1. Instancia de 29 de febrero de 1920 que Casals dirigió desde Roma a la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas.....	90
18.2. Retrato de Casals del que es autor su hermano Javier (año 1935)	94
18.3. Fotografía de Casals (año 1968)	94

DACIONES DE CUENTA

<i>Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática,</i> por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO	97
1. Dos Jornadas procesales internacionales sobre la casación.....	99
2. La casación en el siglo XXI bajo el peso de la dogmática elaborada a principios del siglo XX. Entre el Calamandrei joven y el Calamandrei viejo. Desconocimiento de la casación española	100
3. El problema común de todas las Cortes Supremas: la sobrecarga de recursos.....	109
4. Atención a los nuevos nombres legales.....	112
5. "Troppi avvocati" ante las Cortes de casación.....	113
6. Casación sin formalismo pero con "rigor formal"	115
7. "Casaciones regionales" y "casación". Estado de las autonomías" y casación	116

<i>La revisión de los decretos del secretario judicial por el tribunal,</i> por VICENTE PÉREZ DAUDÍ	119
1. La implantación de la oficina judicial	121
2. La distribución de funciones entre el órgano jurisdiccional y las oficinas judiciales	123
3. Los mecanismos de revisión de los decretos del secretario judicial por el tribunal	124
4. El recurso de revisión (art. 454 Bis LEC).....	125
5. La revisión de oficio por el tribunal.....	128
5.1. Distinción entre normas procesales y materiales.....	129
5.2. Momento procesal para realizarlo.....	134
6. Los efectos del sistema de recursos contra los decretos del secretario judicial en la nulidad de actuaciones.....	136
Anexo i. Recursos de revisión directo previstos en la LEC	138

<i>La armonización del Derecho procesal civil en Europa,</i> por XULIO FERREIRO BAAMONDE Y NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA	141
I. Introducción	143
II. La justicia civil en los tratados comunitarios	146
1. Consideraciones previas.....	146
2. El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992	153
3. El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997	158
4. El Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001	163
5. El Proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004.....	170
6. El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.....	173
III. La aproximación legislativa en materia procesal civil	175
1. La multiplicidad de sistemas procesales civiles en la Unión.....	175
2. La asistencia judicial civil en la Unión	180
3. El principio de reconocimiento mutuo	185
4. El forjado progresivo de una cultura jurídica europea	188
5. La fijación de estándares mínimos de tutela	193

6. La creación de procesos civiles europeos	195
IV. Conclusiones	199
 <i>La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal,</i> por ARANTZA LIBANO BERISTAIN	205
1. Planteamiento de la cuestión	207
2. La tecnología del ADN para la identificación de personas distintas al imputado	210
3. La tesis contraria al sometimiento coactivo en persona distinta del imputado	215
4. La posición favorable a la realización de intervenciones corporales en víctimas o testigos, cuando no concurre su voluntad	216
5. Opinión personal	218
5.1. Análisis de <i>lege lata</i> : ausencia de previsión legal	218
5.2. Consideraciones de <i>lege ferenda</i> : necesidad de previsión legislativa específica	221
 <i>La admisión de la demanda por el secretario judicial y el examen de los presupuestos procesales por el tribunal,</i> por JOAN PERARNAU I MOYA	223
1. Introducción: objetivos de la reforma	225
2. La admisión de la demanda	226
2.1. Una nueva concepción de la admisión de la demanda	226
2.2. Norma general: la admisión de la demanda por el secretario judicial	227
2.3. Excepciones a la norma general: la admisión de la demanda por el tribunal	232
2.4. La admisión de la reconvención	233
3. Posibilidad de inadmisión por el tribunal de la demanda previamente admitida por el secretario judicial	234
4. Los presupuestos procesales	236
4.1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal	236
4.2. Jurisdicción y competencia	236

4.3. Acumulación de acciones	237
4.4. Examen de otros requisitos	239

La ejecución de la sentencia durante la pendencia del recurso de queja interpuesto contra la inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal,
por SANTIAGO ORRIOLS GARCIA

241	
1. Planteamiento del problema	243
2. Soluciones que la cuestión planteada ha recibido en la doctrina	243
3. Tratamiento del tema en la jurisprudencia	245
4. Opinión personal	251
5. Conclusión	255

El control telemático del alejamiento en violencia de género,

por BEATRIZ SAURA ALBERTI	257
1. Requisitos previos a la instalación del dispositivo electrónico	261
1.1. Tipo de resolución	261
1.2. Contenido del Alto que adopta la medida de control electrónico	263
2. Consentimiento	266
2.1. De la víctima	266
2.2. Del imputado	267
3. Límite temporal	269
4. Quebrantamiento y desobediencia	272

La prueba prohibida en el delito tributario,

por EDGAR IVÁN COLINA	275
1. Consideraciones generales	277
2. Derecho a no declararse culpable	278
3. El deber de colaboración	281
4. La prueba prohibida	282
5. La incidencia de la prueba prohibida en el delito tributario	285

COMISIONES ROGATORIAS

<i>La modernización de la Justicia laboral en América Latina,</i> por ADOLFO CIUDAD REYNAUD	289
1. Justicia, democracia, gobernabilidad	291
2. La justicia laboral como componente esencial del trabajo decente	292
3. Normas internacionales sobre tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas.....	299
4. Procedimientos judiciales escritos	301
5. Dar el salto hacia la oralidad, reforzando la especialización	302
6. Reducción de duración de los procesos	308
7. Tutela de modalidades procesales especiales.....	309
8. Sistemas de solución de conflictos prejudiciales	319
9. Reformas procesales emprendidas en América Latina.....	319

■ ■ ■ **En estrados** ■ ■ ■

LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DE PERFILES DE ADN A PERSONAS DISTINTAS AL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL*

por

Arantza Libano Beristain

Profesora de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

SUMARIO

1. Planteamiento de la cuestión.
2. La tecnología del ADN para la identificación de personas distintas al imputado.
3. La tesis contraria al sometimiento coactivo en persona distinta del imputado.
4. La posición favorable a la realización de intervenciones corporales en víctimas o testigos, cuando no concurre su voluntad.
5. Opinión personal.
- 5.1. Análisis de lege lata: ausencia de previsión legal.
- 5.2. Consideraciones de lege ferenda: necesidad de previsión legislativa específica.

* El presente trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación "Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas" [DER2009-10749 (subprograma JURI)], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el FEDER.

LA PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DE PERFILES DE ADN A PERSONAS DISTINTAS AL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

A la memoria del profesor Benito Reverón Palenzuela

1. Planteamiento de la cuestión

En los últimos tiempos, el examen de perfiles de ADN ha adquirido una relevancia tal en el proceso penal que permite considerarla como una de las diligencias "estrella". Ello es así, en primer lugar, por el alto grado de fiabilidad de la tecnología del ADN; pero, y en segundo término, a causa de los problemas procesales que plantea, en gran medida debidos a la normativa contenida –y, también, a la omitida– en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y es que, aun cuando la regulación procesal de la diligencia de perfiles de ADN sigue avanzando lentamente, como refleja la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el legislador español continúa sin dar una respuesta plenamente satisfactoria a los distintos problemas legales implicados en la misma. En este sentido, resulta insuficiente la existencia de reformas parciales que regulen sólo parcelas concretas de dicho acto procesal. A tal efecto, se echa en falta una voluntad legislativa tendente a analizar la prueba de ADN como un complejo fenómeno que precisa de una completa regulación^{1/2}.

1. Al respecto, la analítica de identificación por el ADN lejos de suponer una única operación, significará la realización del siguiente conjunto de actuaciones, con las particularidades insitidas en cada uno de dichos apartados: a) la recogida de la muestra; b) la custodia

En el presente trabajo pretendemos analizar el problema relativo a la posibilidad de realizar el examen de ADN a un sujeto contra el que no se sigue un determinado procedimiento criminal. La doctrina ha dispensado escasa

de la muestra; c) el examen propiamente dicho; y, aun cuando excede de la práctica de la prueba en sí, d) la conservación de los perfiles de ADN en bases de datos. Y es que, siguiendo a REVERÓN PALENZUELA, B., "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 29, 2008, p. 69, "la creación de la base de datos es una cuestión intimamente ligada al reconocimiento expreso de las pruebas de ADN en nuestro proceso penal, pues la obtención del perfil de ADN supone un prius lógico a la recogida de los datos de identificación obtenidos a los efectos de su introducción en la correspondiente base de datos". Por su parte, los profesores ROMEO CASABONA, C.M.^a, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, ed. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 264-267, y URRUELA MORA, A., *Las bases de datos de perfiles de ADN: aspectos criminológicos, científico-técnicos y procesales*, ed. Gobierno del Estado de México. Procuraduría General de Justicia. Instituto de Formación Profesional y Capacitación, Toluca (México), 2004, pp. 12-20, analizan algunas cuestiones de interés relacionadas con las bases de datos en este ámbito.

2. Sobre la cooperación transfronteriza existente en esta materia en el ámbito de la Unión Europea, y sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en especial, en relación con el caso S. y Marper contra el Reino Unido) pueden, entre otros, consultarse los siguientes trabajos: REVERÓN PALENZUELA, B., "El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper c. Reino Unido)", en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 30, 2009, pp. 171-190; DE HOYOS SANCHO, M., "Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN", en *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 213-261; de la misma autora, "Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: Análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 35, enero-abril 2010, pp. 93-116; y, asimismo, de la profesora DE HOYOS SANCHO, M., "Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos", en *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal* (dir. Aranguena Faneiro, C.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 151-181; SANZ HERMIDA, A., "Deber de destruir las muestras de ADN y las huellas digitales tras la finalización de un proceso mediante sentencia absolutoria o archivo definitivo del mismo", en Revista General de Derecho Procesal, núm. 18, 2009 [en línea], [citado 10 junio 2010]. Disponible en internet: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9&numero=18>; SANZ HERMIDA, A., "Protección de datos en la transmisión transnacional de perfiles de ADN y muestras biológicas a los efectos de la persecución penal", en Revista General de Derecho Procesal, núm. 20, 2010 [en línea], [citado 10 junio 2010]. Disponible en internet: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9&numero=20>.

atención a dicha situación³, si bien, en los últimos tiempos, se detecta un incremento en la preocupación por tal supuesto. Dicho panorama seguramente tiene relación con el descubrimiento paulatino de las potencialidades –y también de los riesgos para algunos derechos fundamentales– que se derivan del empleo de la prueba de perfiles de ADN en el ámbito del proceso penal. En este sentido, y con gráficas palabras, el profesor LÓPEZ-FRAGOSO ha señalado cómo en nuestro país "el análisis del ADN ha entrado en las Salas de justicia por la puerta de atrás y con las luces apagadas"⁴. Otro tanto ocurría con la idea que originariamente se tuvo en relación con el ámbito objetivo de aplicación de la diligencia de perfiles de ADN. Y es que un breve análisis de la jurisprudencia permite constatar que la utilización del ADN en el procedimiento criminal resulta cada vez más generalizada, pues si bien inicialmente se empleó, sobre todo, para el esclarecimiento de ciertos delitos contra la libertad sexual, en los últimos años se ha extendido su uso a otras infracciones como son las relacionadas con las actividades de grupos terroristas⁵, y en la actualidad esta técnica puede resultar de utilidad en el marco de cualquier proceso penal en el que permanezcan –normalmente en el *locus delicti*– vestigios biológicos.

3. Idéntica constatación efectúa ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales: Su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, ed. Trivium, Madrid, 1999, p. 330. Al respecto, el autor citado, "Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)", en Revista "La Ley Penal", núm. 4, año 1, abril 2004, se refiere al "silencio legal" existente. Asimismo, IGLESIAS CANLE, I.C., "La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrime.: La quiebra del principio de legalidad", en *Investigación y prueba en el proceso penal* (dir. González-Cuéllar Serrano, N. y coord. Sanz Hermida, A.), ed. Colex, Madrid, 2006, p. 181 n. 8.
4. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal", en *Genética y Derecho* (dir. Romeo Casabona, C.M.^a), ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 138.
5. Así, pueden consultarse, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 501/2005, de 19 de abril, núm. 1311/2005, de 14 de octubre, la núm. 179/2006, de 14 de febrero, núm. 355/2006, de 20 de marzo, y el auto del mismo órgano judicial núm. 551/2006, de 13 de febrero.

2. La tecnología del ADN para la identificación de personas distintas al imputado

La prueba de perfiles de ADN se emplea, mediante el cotejo de dos muestras que contienen material genético –una de origen desconocido (muestra dubitada) y otra que procede de un concreto sujeto (muestra indubitada)– para identificar, normalmente, al imputado. Ahora bien, como la esencia de la diligencia de ADN es la identificación de una persona, con el objetivo de esclarecer un determinado hecho aparentemente delictivo, se ha de analizar si en nuestro ordenamiento resulta posible la obtención de una muestra indubitada, con esa misma finalidad, para el reconocimiento de persona distinta al “sospechoso, detenido o imputado”⁶.

Sobre la concreción de dicho sujeto, entendemos que cabe distinguir, por un lado, a la propia víctima y, por otro, a los testigos. Somos conscientes de que en nuestro sistema procesal la víctima carece de un estatuto jurídico propio, si bien existen ciertos matices⁷ que han de tenerse en cuenta a la hora de restringir sus derechos y los de quienes, sin reunir dicha condición, han presenciado los hechos⁸.

Al respecto, consideramos que el eje del análisis sobre el que gira la citada cuestión es el de la existencia o no de consentimiento, dado que el conflicto

6. Terminología empleada en el artículo 3.1.a) de la Ley Orgánica 10/2007.

7. Así, por ejemplo, tal como apuntaremos en el epígrafe 5, puede resultar una variable a tener en cuenta el papel que la víctima –e incluso, con otra intensidad, el propio testigo– haya podido tener en sede de incoación del proceso penal.

8. También diferencia ambas categorías RENEDO ARENAL, M.ªA., *Problemas del imputado en el proceso penal*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 263, 264 n. 822; LOZANO-HIGUERO PINTO, M. y RENEDO ARENAL, M.ªA., “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles del ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (dirs. Robles Garzón, J.A. y Ortells Ramos, M.), v. II, ed. Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, pp. 141, 141 n. 14. Por su parte, IGLESIAS CANLE, I.C., “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim.: La quebra del principio de legalidad”, cit., p. 181 n. 8, después de señalar la falta de regulación expresa existente en esta materia, distingue las dos categorías citadas y aporta referencias de la solución otorgada a dicha cuestión en el derecho alemán.

a dilucidar es el siguiente: la persona contra quien no existen indicios de criminalidad, y, sin embargo, cuyos marcadores genéticos pueden resultar determinantes para la resolución de un caso penal se opone a la obtención de la muestra indubitada. ¿Cabría, aun en contra de su voluntad, realizarle una toma de material genético?

En relación con la situación comentada, hemos de añadir que no resulta (tan) extraño imaginar algún supuesto en el que los perfiles de ADN de un testigo o de la propia víctima puedan resultar sumamente relevantes para esclarecer el hecho investigado e imponer, en su caso, la sanción correspondiente. Puede, sin embargo, resultar más extravagante pensar que en dichos supuestos la víctima o el testigo se niegue –por muy diversos motivos (temor, evitar la victimización secundaria, etc.) y sin entrar aquí en los supuestos en que existe algún tipo de vínculo o parentesco entre el imputado y la víctima (o testigo)⁹– a facilitar el desarrollo del proceso y decline colaborar con la Justicia ante su negativa a someterse a la intervención corporal¹⁰ para obtener una muestra biológica.

9. Sobre el particular, ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, ed. Comares, Granada, 2000, pp. 170-173, apunta cómo en la doctrina alemana se ha discutido en torno a la procedencia de atribuir a esas personas distintas del imputado la facultad de rechazar el análisis de ADN cuando en dichos sujetos concurren los requisitos exigidos para poder no declarar por existir vínculos familiares con el imputado. En concreto, en el ordenamiento español dicha dispensa se recoge en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

10. Sobre el concepto de intervención corporal y su distinción de otras figuras, véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 207/1996 (Sala Primera), de 16 de diciembre [Ponente V. Gimeno Sendra], Fundamento Jurídico 2.º, donde tras definir las inspecciones y registros corporales, contempla las intervenciones corporales como las actuaciones “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (...) o en su exposición a radiaciones (...), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado (...).” Al respecto, pueden consultarse, asimismo, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003; ORTEGO PÉREZ, F., “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (En particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria)”, en Revista “La Ley”, núm. 6049, lunes 28 de junio de 2004, ref.º D-142, pp. 1975-1987; MARTÍN PASTOR, J., “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal”, en Revista General de Derecho Procesal, núm. 8, 2006 [en línea], [citado 10 junio 2010]. Disponible en internet: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9&numero=8>.

El grupo de delitos que con mayor claridad refleja la idea comentada probablemente sea el de las infracciones contra la libertad sexual, pues con ocasión de una agresión de semejante naturaleza, con relativa facilidad, puede haber quedado algún resto orgánico (semen, sangre, saliva, etc.) de la víctima –o de un testigo– en la ropa o, por ejemplo, en el vehículo del eventual responsable de los hechos¹¹. Dicho material biológico constituiría, pues, la muestra dubitada y a los efectos del reconocimiento de ADN resultaría preceptiva una segunda muestra, la indubitada, que proviniera sin atisbo de duda de la víctima –o del testigo–, para poder así realizar el correspondiente cotejo.

Al respecto, hemos de tener presente, en primer lugar, que esta posibilidad se contempla siempre como una medida excepcionalísima, ya que si por otra vía se pudiera obtener información suficiente que facilitara la instrucción y, en último término, la resolución del caso, resultaría desproporcionada una actuación de tales características –recordemos, no consentida– en persona diferente a la del imputado.

Ahora bien, entendemos que en ciertas infracciones el material probatorio existente para poder condenar –o absolver– no resulta abundante, como sucede en algunos delitos contra la libertad sexual, con lo que la diligencia de perfiles de ADN puede, a tal fin, convertirse en decisiva¹². Por tanto, el primer criterio que se ha de manejar viene representado por que dicha intervención resulte estrictamente necesaria, lo cual habrá de establecerlo el juez en resolución motivada.

En segundo término, otra manifestación del principio de proporcionalidad¹³ que jugará aquí como limitadora de la posibilidad de practicar intervenciones corporales no consentidas a la víctima o a un testigo –que resulta, asimismo, aplicable cuando la intervención se realiza al imputado y con más razón,

11. ETEXEBERRIA GURIDI, J.F., "Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I)", en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 27, 2007, pp. 44, 46, menciona otro de los supuestos conflictivos.

12. Sobre el particular, véase CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual", en Revista "La Ley". 1994. 3. pp. 815-825.

13. Al respecto, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1990, quien, además, dedica en dicho trabajo un capítulo (12) a las medidas de intervención corporal (pp. 285-310); ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pp. 71-143.

pues, cuando el sujeto no ostenta dicha cualidad– será la de que dicho reconocimiento de ADN sólo podrá ordenarse en **casos de procesos por delitos graves**, esto es, en lo referido a las infracciones con pena privativa de libertad, cuando ésta resulte superior a 5 años (artículo 33 del Código Penal)¹⁴. Sin embargo, desde la Ley Orgánica 10/2007, cabe plantearse si, junto con el mencionado criterio cuantitativo, se ha introducido (también) para la víctima o un testigo¹⁵ la posibilidad de que concurra otro elemento –aun cuando no se trate, pues, de un delito grave– que bien podría denominarse *ratione materiae* (“los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, ...”).

La condición de testigo en sentido amplio¹⁶ representa un ulterior límite a la hora de plantearnos si cabe la obtención de una muestra indubitada sin concurrir el consentimiento de dicha persona. Tal como hemos apuntado

14. Al respecto, véase lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 10/2007: "Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados".

15. REVERÓN PALENZUELA, B., "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", cit., p. 100, ha llamado la atención sobre el tema. Y es que, siguiendo al citado autor, en la citada norma de 2007 "no se hace referencia a la posible inclusión de los datos identificativos obtenidos de aquellas personas que voluntariamente quieran someterse a los análisis preceptivos o de otros posibles terceros, e incluso de las víctimas de los hechos delictivos cometidos, cuya importancia en relación a la investigación de los hechos delictivos cometidos no puede ponerse en duda, salvo que entendamos que dichas situaciones quedan recogidas en el art. 3.2 cuando señala que «igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento»".

16. Tal como apunta ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales: Su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pp. 333, 334, que sucede en el derecho alemán.

anteriormente, en esta categoría se habrá de incluir al testigo *stricto sensu*, pero también a la víctima. Por tanto, no cabría ordenar actuaciones de estas características en sujetos distintos a ellos¹⁷.

Y, en cuarto lugar, dicha intervención no debe poner en peligro la salud de la víctima o del testigo¹⁸.

Hemos de tener en cuenta que esta cuestión de la obtención, aun de forma coactiva, de una toma ya plantea problemas cuando se refiere a someter al imputado a una intervención corporal¹⁹. De lo anterior se desprende que las dificultades se multiplican cuando se pretende realizar una intervención de tales características en persona distinta del imputado, dado que la leyes procesales nada dicen al respecto²⁰. Las soluciones a tal vidriosa cuestión han oscilado entre la respuesta negativa, salvaguardando así los intereses individuales de

17. Siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Pericia genética y proceso penal", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 9, 1998, p. 79, y también a ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pp. 138-143, debe ser descartada la posibilidad de aplicar los análisis de ADN con una finalidad prospectiva o de investigación general. En este sentido, asimismo, IGLESIAS CANLE, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, ed. Colex, Madrid, 2003, p. 84.

18. Como ejemplo de intervención que puede generar riesgo para la salud, destaca la realización de una punción lumbar para la extracción de líquido cefalorraquídeo.

19. IGLESIAS CANLE, I.C., "La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim.: La quiebra del principio de legalidad", cit., pp. 193-202, ha abordado la debatida cuestión relativa a la posibilidad de acudir a la coerción física en relación con la figura del imputado en supuestos en que el imputado no consiente dicha obtención de la muestra indubitable directamente de su cuerpo, posicionándose, con las cautelas que señala, en favor de una tal medida. Ésta parece ser, además, la línea trazada por el legislador al respecto, tal como se desprende de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, cuando señala lo siguiente: "Para la investigación de los delitos enumerados (...), la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, *sin consentimiento del afectado*, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado (...)" [Cursiva añadida].

20. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN", en *Genética y Derecho* (dir. Pérez del Valle, C.J.), ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 223, 224, alude a que estos supuestos "propriamente no están resueltos en la LECrim"; y, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 2008, p. 92, se refiere al vacío o laguna legal existente, dado que "las sucesivas reformas en ningún caso hacen referencia a la víctima".

la víctima (o testigo), y las posiciones que consideran viable la obtención de dicho material biológico, incluso por la fuerza física, dada la existencia de sólidas razones tendentes a preservar a la sociedad en su conjunto.

3. La tesis contraria al sometimiento coactivo en persona distinta del imputado

La posición contraria²¹ a la práctica de una intervención corporal en un sujeto que no ha participado en la comisión del delito se basa en la prevalencia otorgada a sus derechos de carácter individual, que, en casos como los comentados, afectan a su esfera más íntima. Concretamente, el ataque, por mínimo que sea, a su integridad corporal (artículo 15 de la Constitución) a fin de obtener la oportuna muestra (por ejemplo, un cabello), o la restricción en su libertad ambulatoria (artículo 17 de la Constitución), justificarían la preferencia por los intereses individuales de cara a entender injustificada, por desproporcionada, una medida de intervención corporal contraria a su voluntad²².

Además, cuando la intervención corporal se ha de practicar en la víctima o en un testigo no opera la regla aplicable para con el imputado, esto es, la que establece que la injerencia en sus derechos básicos al objeto de obtener de su cuerpo una muestra biológica quedaría justificada –cumpliéndose una serie de garantías– por la existencia de indicios de criminalidad contra el mismo²³.

21. En esta línea, PÉREZ MARÍN, M.ªA., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 157-159, exige el consentimiento de la víctima o, en su caso, de su representante para poder obtener la muestra biológica directamente del cuerpo de aquélla.

22. Para un estudio detallado de los posibles derechos fundamentales afectados por las intervenciones corporales, véanse, entre otros, ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales: Su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pp. 479-532; MORA SÁNCHEZ, J.M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, ed. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 77-132; ROMEO CASABONA, C.M.ª, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, cit., pp. 258-262.

23. Argumento ofrecido por ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales: Su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., p. 329. Además, el mismo

Una razón ulterior para justificar la postura negativa a la intervención corporal contraria a la voluntad de la víctima o testigo a quien se practica, es la consistente en la ausencia de una previsión legal expresa que obligue a la persona en cuestión a someterse a la misma.

4. La posición favorable a la realización de intervenciones corporales en víctimas o testigos, cuando no concurre su voluntad

Constituiría éste un ejemplo más de restricción de derechos a los que los ciudadanos –en cumplimiento del artículo 118 de la Constitución y especialmente en los casos de delito grave– pueden verse sometidos. No es éste, sin embargo, el único supuesto de limitación de derechos fundamentales de un testigo (o víctima) en el curso de un proceso. A tal efecto, puede destacarse, además, el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴, que señala lo siguiente: "El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, (...), o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, (...), incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad. (...)"²⁵.

autor señala *ibid.*, p. 33, que "si respecto del imputado, siendo presunto autor de los hechos, se ha de proceder con suma cautela al resultar afectados un amplio abanico de derechos de carácter fundamental, las precauciones y la deferencia han de intensificarse al máximo cuando se trata de personas ajenas a los hechos (no inculpados) o de las víctimas".

24. Con respecto a la adopción de medidas oportunas –incluso la conducción por la fuerza pública– para asegurar la comparecencia del testigo, véanse las referencias incluidas en las siguientes sentencias: Audiencia Provincial de Alicante núm. 602/2004 (Sección 1.^a), de 26 de noviembre, Fundamento Jurídico 1.^º; Audiencia Provincial de Huelva núm. 179/2002 (Sección 2.^a), de 3 de julio, Fundamento Jurídico 2.^º.

25. Téngase en cuenta que dicho precepto fue modificado a través de la Ley 38/2002, reforma que básicamente afectó a la cuantía de la multa.

Pero, pese a ciertas semejanzas entre ambos supuestos de limitación de derechos de carácter fundamental, quizás la peculiaridad más destacable del caso que analizamos en el presente epígrafe sea precisamente la falta de previsión legal, a diferencia del precepto reproducido, lo que motivará que la ponderación aquí se haya de efectuar tomando como referente exclusivo las disposiciones de la Constitución de 1978. En concreto, la colisión de derechos se producirá en un caso como el que comentamos, por un lado, entre el interés del Estado y de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos; y, por otro, el interés de la víctima (o de un testigo) en ver preservadas algunas de sus parcelas más sagradas ante una eventual intervención corporal no consentida.

Recordemos, además, cómo el artículo 118 de la Norma Fundamental exige de los ciudadanos su colaboración con la Justicia²⁶, precepto que, a su vez, sirve para proteger la garantía (instrumental) de la tutela judicial efectiva. En una situación como la que nos ocupa, pensando que la intervención corporal se ha de practicar en la persona de la víctima, podría plantearse, con el artículo 24.1 de la Constitución en la mano, el siguiente interrogante: ¿quién tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos en el referido caso?

Y es que se ha de excluir en este particular supuesto a la propia víctima y con más razón aún al imputado, quien carecerá de interés alguno en la realización a cualquier testigo (en su acepción amplia) de una intervención corporal que pueda devenir en prueba de cargo incriminatoria. Por tanto, ¿qué tutela se estaría garantizando? La respuesta no puede ser otra que la del Ministerio Fiscal. Ello se basa en la configuración que nuestro sistema procesal ha otorgado a la Fiscalía (artículo 124 de la Constitución, artículos 1 y 3.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), pues se ha previsto como parte procesal que defiende la legalidad y el interés general al intervenir en la mayoría de los procesos penales. Además, MORENO VERDEJO se refiere a un ulterior argumento, relacionado con el anterior, que refuerza la tesis de

26. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN", cit., p. 224; MORENO VERDEJO, J., "ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre", [en línea] 2004, [citado 9 junio 2010]. Disponible en internet: <<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf>>, p. 1821, alude, asimismo, a los deberes que la víctima tiene con la Administración de Justicia ("no puede dejar de comparecer, no puede negarse a declarar o declarar falsamente, etc.").

obligar, incluso, a la víctima al análisis de perfiles de ADN. Y es que el cotejo de las dos muestras puede dar como resultado que las mismas pertenecen a diversas personas, lo que supondrá que nos hallamos ante una prueba de descargo²⁷, con lo que parece que entrarían en juego el derecho a la prueba y a la tutela judicial efectiva del acusado, a fin de poder mantener intacta su presunción de inocencia.

5. Opinión personal

Se han de distinguir diversos supuestos a la hora de abordar la cuestión objeto de análisis. Así, en primer lugar, hemos de insistir en que el problema se plantea en aquellos casos en que el testigo o la víctima no consiente la obtención de la denominada muestra indubitada. Además, a la hora de estudiar este tema se abren dos grandes escenarios. En concreto, nos referimos, por un lado, al estudio sobre la procedencia de la intervención corporal a la víctima o testigo en el marco normativo actual; y, por otro, estimamos que se debería modificar la legislación procesal vigente para introducir una referencia expresa sobre tal extremo.

5.1. Análisis de *lege lata*: ausencia de previsión legal

La colisión de derechos existente –con los presupuestos que hemos señalando anteriormente²⁸ y que podrían tener cabida en el principio de proporcionalidad– nos plantea serias dudas en lo que se refiere a cuál sea la posición más adecuada. Por ello, entendemos que la respuesta debe darse tras el concreto

27. En palabras de MORENO VERDEJO, J., "ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre", cit., p. 1821, "la prueba puede resultar decisiva no sólo para lograr la condena de un culpable sino, en ocasiones, para evitar la condena de un inocente: piénsese en un posible recurso de revisión frente a una sentencia condenatoria en el que interesaría la práctica de esta prueba exigiéndose la toma de muestras de la víctima. No parece que sea bastante en tales casos conformarse con la valoración, siempre posible desde luego, de la negativa de la víctima a la práctica de la prueba".

28. En concreto, nos referimos a las cuatro consideraciones que hemos efectuado al final del epígrafe "2.- La tecnología del ADN para la identificación de personas distintas al imputado".

análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso. Eso significa que, en nuestra opinión, no cabe ni negar categóricamente que en algún supuesto pudiera resultar necesario el sacrificio de derechos fundamentales de la víctima o testigo, ni tampoco se puede admitir, sin matices, la adecuación de dicha actuación en todo caso.

Y es que, en primer lugar, con la situación legislativa existente en la actualidad, una respuesta contraria a la autorización de la toma indubitada de la víctima o testigo cuando no existe consentimiento de dicho sujeto, favorece la proliferación de actitudes obstrucciónistas de cara al desarrollo del correspondiente proceso penal.

Además, se ha de tener en cuenta que ante una postura negativa como la comentada, cabría acudir a la toma de muestras que no provienen directamente del cuerpo de la víctima para conseguir material genético suyo²⁹. Si bien esta última solución pudiera parecer que resulta menos lesiva para los derechos fundamentales que la toma directa del cuerpo, plantea, sin embargo, otra serie de inconvenientes. Lo anterior se debe a que la regulación existente aplicable a tales supuestos, cuando la muestra proviene del imputado y no requiere de intervención corporal alguna, dota de una excesiva intervención a la policía judicial (así, en cuanto a la recogida de la propia muestra no se exige autorización judicial, tal como se desprende, a sensu contrario, de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007), lo que no puede ser aplaudido³⁰. Nuestros temores se ven, consecuentemente, incrementados en

29. MORENO VERDEJO, J., "ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre", cit., p. 1821. Además, tal como apuntamos en nuestro trabajo "La diligencia de perfiles de ADN en el proceso penal. Especial consideración de dos supuestos excepcionales", en *Rigor Doctrinal y práctica forense* (Vázquez Sotelo, *Liber Amicorum*), ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 604 n. 34, consideramos que, ante las dudas existentes en torno a si cabe o no acudir a la coerción para obtener la muestra indubitada del imputado, una vía de escape para la policía y, en último término, para los jueces y magistrados puede ser la de acudir a la toma de muestras "espontáneas". Dicha situación podría resultar, asimismo, predictable al supuesto en que la muestra sea de la víctima (o de un testigo) que no consiente para que se obtenga directamente de su cuerpo el material, muestra o fluido que permita el correspondiente análisis de ADN.

30. Al respecto, pueden consultarse nuestros trabajos, "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)", en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 23, 2005, pp. 193-207; "El análisis de ADN (sin necesidad de intervención corporal) en el ámbito del proceso penal", en

aquellos casos en que la toma "espontánea" procede de sujeto distinto al imputado, dado que aquí no cabría aplicar el argumento de que contra esa persona existen indicios de criminalidad que pudieran justificar dicha recogida.

Por otro lado, no podemos ignorar que a la hora de proceder al estudio y aplicación de la diligencia de examen de ADN impera un especial mimo, cautela o sensibilidad. Probablemente, ello tenga su origen en el ingente potencial informador que se deriva de una simple muestra orgánica, si el examen se extiende al ADN codificador.

En lo que se refiere al argumento de que en nuestro ordenamiento existen otros supuestos en los que se puede incluso acudir a la fuerza física para que personas distintas al imputado colaboren con la Administración de Justicia, la diferencia entre esas otras previsiones y el supuesto que venimos analizando –esto es, si cabe a día de hoy obligar a la víctima (o a un testigo) a que se someta a la prueba de perfiles de ADN– es la existencia o no de una regulación expresa que permita una injerencia tal. En consecuencia, este razonamiento no puede ser empleado para justificar la legalidad de la toma directa no consentida en la persona de la víctima o de un testigo, dado que no se contempla en ningún precepto la posibilidad para el supuesto mencionado de restringir derechos fundamentales de la víctima o del testigo.

La categoría de la persecutibilidad de las infracciones penales podría en la actualidad ayudar a solucionar el tema planteado³¹, dado que constituye un mecanismo cuya utilidad excede de las peculiaridades que conlleva tal categoría en el momento inicial o final de un procedimiento criminal. Dicha herramienta puede servir como criterio a manejar especialmente cuando la víctima –y, en menor medida, pudiera resultar aplicable también en relación con un testigo– en un proceso penal se niega a facilitar la obtención de una muestra de material genético suyo y se torna necesario ponderar los distintos intereses concurrentes a fin de evaluar si cabe o no someter al ofendido (o a un testigo), forzosamente incluso, a una intervención corporal. Por tanto, esta

XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Problemas actuales del proceso iberoamericano (dirs. Robles Garzón, J.A. y Ortells Ramos, M.), cit., pp. 101-112; "La diligencia de perfiles de ADN en el proceso penal. Especial consideración de dos supuestos excepcionales", cit., pp. 603-606.

31. Desarrollamos con mayor detalle dichos argumentos en "La diligencia de perfiles de ADN en el proceso penal. Especial consideración de dos supuestos excepcionales", cit., pp. 599-603.

perspectiva para analizar el supuesto en que una persona distinta del imputado rechaza el sometimiento a una intervención corporal que facilite el esclarecimiento del correspondiente proceso penal exige distinguir, en primer lugar, si estamos ante un procedimiento por infracción penal perseguible de oficio o no. Se entiende que el primero de los casos, regla general en nuestro sistema, conlleva que los intereses de la víctima puedan verse, en mayor medida que en los procesos por delitos semipúblicos³², sacrificados dada la persecutibilidad otorgada a los mismos. Además, la anterior variable se ha de compaginar con el papel que la víctima desarrolla en el concreto procedimiento criminal, pues a los efectos estudiados no resultan equivalentes la situación en que la propia víctima transmite la *notitia criminis* y el resto de hipótesis.

Ambos criterios, junto con la aplicación del principio de proporcionalidad –e incluso cabría sostener que esos dos parámetros (la persecutibilidad y la concreta actuación de la víctima/testigo en la incoación del proceso) quedan incluidos en el propio principio de proporcionalidad–, permiten ofrecer nuevas vías para solventar la cuestión abordada, y decidir así si procede en un caso concreto establecer limitaciones al interés concurrente en el esclarecimiento de los hechos investigados o si, por el contrario, se podría llegar a afectar a algunos derechos de la víctima o del testigo.

Aun con todo, nos parece que la regla general en este ámbito ha de ser la de conceder preferencia a los derechos de la víctima o de un tercero. Sólo de manera excepcional, con los límites que impone el principio de proporcionalidad y esas otras variables que hemos apuntado, cabría entender que en nuestro ordenamiento se puede a día de hoy exigir un sacrificio tal a la víctima o a un tercero.

5.2. Consideraciones de *lege ferenda*: necesidad de previsión legislativa específica

Esas dudas que nos genera la situación normativa actual necesariamente deben desaparecer mediante la oportuna reforma legislativa. Y es que, en

32. En relación con los delitos denominados "privados", se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que la disponibilidad del proceso de injurias o calumnia queda, en principio, en manos del acusador privado; en segundo término, que no resulta fácilmente imaginable, aun cuando excepcionalmente también cupiera, la utilidad de la diligencia de perfiles de ADN en tales supuestos; y que, además, el legislador no ha previsto para dichos tipos una pena grave (ni parece que concurre el ya mencionado elemento *ratione materiae*).

nuestra opinión, el legislador ha de posicionarse de manera expresa en lo que se refiere a si cabe o no la coerción, incluso física, en la persona de la víctima o de un testigo. En concreto, nos referimos a aquellos supuestos en que no existe consentimiento de dicho sujeto y que, sin embargo, sus marcadores genéticos pueden resultar esenciales para la resolución de un caso penal. No podemos estar por más tiempo en una situación de inseguridad como la que tenemos en la actualidad, especialmente en un campo tan sensible como el analizado.

Al respecto, entendemos que el sistema procesal penal permitiría, a modo de criterio general, tal como ya se prevé en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la restricción de ciertos derechos fundamentales en personas distintas al imputado con la finalidad de posibilitar la investigación del correspondiente proceso penal. Pero para ello, resulta imprescindible la expresa previsión legal.

■ ■ ■ 222

■ ■ ■
JUSTICIA. REVISTA DE DERECHO PROCESAL. AÑO 2010. Núm. 3-4. Pág. 221 - 237
■ ■ ■

LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA POR EL SECRETARIO JUDICIAL Y EL EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES POR EL TRIBUNAL

por

Joan Perarnau i Moya

Magistrado y Profesor asociado de Derecho procesal de la URV

Una de las novedades más importantes de la reforma del proceso civil llevada a cabo por la Ley 13/2009, es la admisión de la demanda por el Secretario Judicial. Trata este artículo de plantear y dar solución a los distintos problemas que ello va a comportar, dadas las lagunas legales que existen, y, muy especialmente, del estudio del control que el Tribunal pueda hacer de tal admisión, en relación con su necesario control de los presupuestos procesales.

SUMARIO

1. Introducción: Objetivos de la reforma.
2. La admisión de la demanda.
 - 2.1. Una nueva concepción de la admisión de la demanda.
 - 2.2. Norma general: La admisión de la demanda por el Secretario Judicial.
 - 2.3. Excepciones a la norma general: La admisión de la demanda por el Tribunal.
- 2.4. La admisión de la reconvención.
3. Posibilidad de inadmisión por el Tribunal de la demanda previamente admitida por el Secretario Judicial.
4. Los presupuestos procesales.
 - 4.1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal.
 - 4.2. Jurisdicción y competencia.
 - 4.3. Acumulación de acciones.
 - 4.4. Examen de otros requisitos.