

REVISIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA. DE LA PRIMERA ACREDITACIÓN DE ADN AL TRATADO DE PRÜM

JOSÉ CARLOS CORDERO PÉREZ

Responsable de Microbiología y Genética no Humana del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil

Miembro investigador del Instituto Universitario de Ciencias Policiales (Alcalá de Henares)

PILAR CONDE COLMENERO

*Prof. Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Católica San Antonio de Murcia*

RESUMEN

A partir del año 2003, fecha que coincide con la acreditación de los ensayos de ADN bajo la norma UNE-EN-ISO 17025 (una norma internacional propia del sistema de estandarización científica, no jurisdiccional) en los laboratorios de la Guardia Civil (los primeros que obtuvieron dicha acreditación en el ámbito Policial-Judicial en España), se comenzó a sentir sensiblemente que la ratificación en el acto del juicio oral suponía detraer personal para cumplir con sus obligaciones judiciales lo que, a su vez, trajo como consecuencia colateral la acumulación de periciales pendientes de resolver. Mientras observamos una estandarización en los "modus operandi" de las organizaciones criminales, debe asaltar-nos la duda de si el "modus operandi" del sistema procesal español está bien articulado o se adecúa a la misma velocidad que las organizaciones criminales a las innovaciones tecnológicas.

Palabras clave: ADN, ratificación, estandarización, organizaciones criminales, innovaciones tecnológicas.

ABSTRACT

From the year 2003, date that coincides with the accreditation of the tests of DNA under the norm UNE-EN-ISO 17025 (an international own norm of scientific standardization, not jurisdictional) in the laboratories of the Civil Guard (the first ones that obtained the above mentioned accreditation in the police-procedural area in Spain), the ratification forthwith of

the oral judgment supposed removing personnel to expire with his judicial obligations, what in turn brought as collateral consequence the accumulation of expert reports of resolving. While we observe a standardization in the "modus operandi" of the criminal organizations, the doubt must assault us of if the "modus operandi" of the procedural Spanish system is articulated well or adecúa to the same speed that the criminal organizations to the technological innovations.

Key words: DNA, ratification, standardization, criminal organizations, technological innovations.

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO REGULADOR DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA. III. LA ESTANDARIZACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA. IV. REVISIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VI. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de delincuencia organizada intuitivamente nos vienen a la cabeza estereotipos marcados por las grandes series de televisión o la actualidad cinematográfica.

Todos inmediatamente pensamos en medios sofisticados, grandes sumas de dinero, redes de paraísos fiscales e inmediatamente fijamos como modelos de delincuencia organizada las grandes y tradicionales mafias que conforman el universo delictual a nivel mundial.

En definitiva, siempre nos centramos en los grandes grupos cuyas actividades delictivas rebasan las fronteras nacionales y, por ende, asumimos habitualmente que cuando se habla de delincuencia organizada se está hablando de delincuencia transnacional. Sin embargo estimamos que el concepto de organización para la comisión de delitos ha de asumir, a la hora de conceptualizar el fenómeno de la delincuencia organizada, todas las peculiaridades de carácter nacional, aunque finalmente acaben trascendiendo dichas peculiaridades al ámbito internacional, siendo dicha internacionalización el factor común a la hora de definir delincuencia organizada.

Por otro lado, reiterando esa idea, hay que tener en cuenta que cuando el nivel de organización delictiva progresa dentro de un territorio nacional lo más frecuente es que acabe trascendiendo dicho territorio y, dado que estamos ante un proceso de globalización, la cultura delictiva no es menos ajena a este fenómeno, lo cual hace que, en la práctica, en el 90% de los casos, para combatirlo los Estados hayan de unir fuerzas. Es entonces cuando surge la necesidad de estandarizar metodologías, de compartir estructuras y conocimientos con el fin de erradicar cualquier organización cuyo fin primero y último sea el atentar contra la paz social

y los intereses generales de los Estados y los ciudadanos que habitan en ellos. El delincuente solitario ya no es de este siglo, y si se arriesga a cometer un delito, es muy probable que se convierta en un perdedor. Con esto no quiero presentar la idea de que no haya que prestar atención a los delincuentes que actúan solos (como es el famoso caso de "El solitario", que tuvo en jaque a la policía española durante años). El futuro criminal es de los grupos delictivos organizados, que mediante la violencia y la corrupción, convierten frecuentemente sus actividades criminales en invisibles a ojos de la opinión pública y de la justicia, y por lo tanto, quedan impunes.

Sin embargo, mientras observamos una estandarización en los "modus operandi" de las organizaciones criminales, asalta la duda de si el "modus operandi" del sistema procesal español está bien articulado o se adecúa a la misma velocidad que las organizaciones criminales a las innovaciones tecnológicas. Además se tiene la sensación de que dicha duda, convertida en pregunta, genera actualmente respuestas de muy diversa índole por lo que este artículo se centrará en abordar la situación jurídico-técnica en que se encuentra actualmente uno de los mecanismos procesales que más peso tienen en la administración de justicia en sentido literal: la prueba pericial.

II. MARCO REGULADOR DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA

El Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de enero de 1995 (RJ 1995, 69) afirmaba:

"se viene apreciando en la realidad socio-judicial, cada vez con más insistencia, el temor de muchos testigos de cargo a comparecer en el juicio oral y declarar en contra de los acusados presentes en el acto. El hecho de que los testigos puedan sentirse en algunos casos condicionados por el temor hacia los acusados y su entorno social es una realidad tan palpable que está bien reciente la publicación de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, dictada para acudir a medidas de protección a los testigos y peritos que intervengan en el proceso penal, permitiendo incluso que se desfiguren o amputen datos de identificación".

En este sentido, la ley de protección de testigos y peritos, como señala su Exposición de Motivos, vino a salvaguardar uno de los deberes consagrados en la Constitución, en concreto, en el artículo 118: el deber de colaborar con la Justicia. Tal deber aparece precisado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por lo que se refiere al testigo, en el de comparecer y declarar la verdad sobre lo que sea preguntado (art. 410); en cuanto al perito, en la aceptación del cargo (art. 462) y en proceder bien y fielmente en sus operaciones y no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad.

La consagración de tales deberes lleva consigo el que la propia Ley procesal establezca un conjunto de medidas coercitivas e incluso se prevé la tipificación penal de su incumplimiento (arts. 458 a 460 Código Penal). No obstante, es cierto también, que si un testigo o perito se niega a cumplir tales deberes alegando que en caso de hacerlo, existe un riesgo de violación de bienes jurídicos de los que él es titular, es posible que su acción penal acabe sin un reproche de culpabilidad por la concurrencia de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 Código Penal) o de miedo insuperable (art. 20.6 Código Penal). En todo caso, dicha Ley es una necesidad incuestionable.

Su incorporación a nuestro Derecho responde a la iniciativa internacional plasmada en diversos textos e instrumentos jurídicos asumidos en el ámbito de Naciones Unidas y de la Unión Europea. En este sentido, deben citarse las recomendaciones contenidas en el Nuevo Programa de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y la justicia penal” aprobadas por Resolución de la Asamblea General 46/152, de 18 de diciembre de 1991, y las incluidas en la Resolución 45/107, de 26 de marzo de 1991, sobre cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal, así como la Resolución 827/93 de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad, que crea el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional en los territorios de la antigua Yugoslavia, así como el Estatuto del Tribunal Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Por su parte, en el ámbito europeo resultan de interés citar las Resoluciones del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995 y 20 de diciembre de 1996. Esta última, creó un Grupo de Alto Nivel que elaboró un Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada aprobado por Acto de 28 de abril de 1997, en el cual se contienen recomendaciones sobre la necesidad de regular la protección de testigos en el Marco del Convenio sobre asistencia judicial en materia penal.

Ahora bien, La Ley 19/1994, no podía arbitrar unas garantías de carácter absoluto e ilimitado de forma tal que se violasen, en última instancia, los principios del proceso penal. Por eso dicha norma tiene *“como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares”* (Exposición de Motivos). “

Sin embargo, como punto de partida que establezca la necesidad de estandarización de la prueba pericial, me centraré en el apartado quinto del artículo cuarto de esta Ley, que recoge la doctrina general acerca del valor de las diligencias sumariales a efectos de prueba:

“Las declaraciones o informes de los testigos o peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados

en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes”.

III. LA ESTANDARIZACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA

A partir del año 2003, fecha que coincide con la acreditación de los ensayos de ADN bajo la norma UNE-EN-ISO 17025 (una norma internacional propia del sistema de estandarización científica, no jurisdiccional) en los laboratorios de la Guardia Civil (los primeros que obtuvieron dicha acreditación en el ámbito Policial-Judicial en España), se comenzó a sentir sensiblemente que, dado el volumen de trabajo acometido por el personal encargado de la realización de las pericias y, sobre todo a raíz de la aceptación de la prueba de ADN en los procedimientos, la ratificación en el acto del juicio oral (condición indispensable, como se ha citado, para ser considerada la pericial como prueba) suponía detraer personal para cumplir con sus obligaciones judiciales lo que, a su vez, trajo como consecuencia colateral la acumulación de periciales pendientes de resolver.

Si bien dicho obstáculo se ha venido solventando mediante la aceptación, por parte del Orden Judicial, de las nuevas tecnologías (como el sistema de videoconferencias) para la ratificación en el acto del juicio oral, la tendencia actual nos lleva a la estandarización de las pericias para su posterior aceptación como prueba sin necesidad de ratificación. En este contexto, la tensión entre libertad y seguridad constituye uno de los retos que es necesario afrontar en el Estado de Derecho de nuestros días, tanto en el ámbito interno como en el supranacional. Si la persecución de las más graves formas de delincuencia no puede quedar detenida por las fronteras ¿podemos establecer un sistema que permita la aceptación de pericias como pruebas directas, sin necesidad de ratificación, eficientes, eficaces y, a la vez garantistas de los derechos fundamentales?

En este sentido, la Unión Europea ha venido articulando un conjunto de acciones tendentes a profundizar en la seguridad común y en la cooperación policial y judicial. Como precedentes, cabe citar el Acuerdo de Schengen de 1985 y el Convenio de aplicación de 1990 (conocidos como Schengen I y Schengen II) donde emerge el denominado “espacio de libertad, seguridad y justicia”, con el objetivo de profundizar en la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales para ofrecer a los ciudadanos una eficaz protección. Dicha cooperación, que se lleva a cabo por agencias creadas por la Unión Europea como Eurojust, Europol y la Red Judicial Europea, implica un esfuerzo por armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros y por la creación de instrumentos de reconocimiento y eficacia de las resoluciones judiciales en materia penal.

Así, ya el Consejo Europeo, reunido en Viena en 1998, solicitó un refuerzo de la lucha contra la delincuencia organizada, aumentando la preocupación tras los atentados terroristas del 11-M. De este modo, con la pretensión de revisar y adaptar los planes de acción existentes en la lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza y el terrorismo, surge en noviembre de 2004 el llamado "Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea", donde se establecen una serie de orientaciones para los años 2005-2009, potenciando el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y aplicando el principio de disponibilidad que permite el intercambio de información inmediata entre fuerzas de seguridad europeas.

En este contexto, el 27 de mayo de 2005, se firma en la ciudad alemana de Prüm un Tratado que lleva su nombre, relativo a la profundización de la cooperación, en particular, en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, también conocido como Convenio de Prüm¹. Inicialmente los siete Estados miembros signatarios de dicho Tratado son: Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Holanda y Austria. Posteriormente, ha sido suscrito o han manifestado su interés en adherirse al mismo el resto de los países miembros de la Unión Europea, si bien en algunos aún se encuentran pendientes de ratificación. En España, fue ratificado el 18 de julio de 2006, publicándose su Instrumento de ratificación en el BOE de 25 de diciembre de 2006.

Posteriormente, y antes de cumplirse el plazo de 3 años previsto en el Tratado de Prüm para incorporar su régimen al marco jurídico de la Unión Europea, se han producido ya iniciativas y se han alcanzado acuerdos para la implementación del Tratado. Así, bajo la Presidencia de Alemania, el 5 de diciembre de 2006 se reúnen en Dresde los Ministros de Interior de 11 Estados miembros de la Unión Europea (además de los 7 inicialmente firmantes, Italia, Portugal, Finlandia y Eslovenia). Durante esta reunión se firma un documento de especial relevancia para el desarrollo de este Tratado: el denominado Acuerdo Técnico de Ejecución del Tratado de Prüm², destinado a articular las medidas que permitan incrementar la rapidez del intercambio de información entre las autoridades policiales de los Estados miembros firmantes del Tratado. Y durante el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, de 15 de febrero de 2007, se acordó integrar partes del Tratado de Prüm en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, concretamente los aspectos relacionados con el tercer pilar. Esto es, con la cooperación policial y judicial en materia penal.

¹ Para un análisis detallado sobre este Tratado vid. el monográfico de la Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 7, enero-junio 2007.

² Relativo a las normas de ejecución administrativas y técnicas del Tratado de Prüm. Véase el documento 5473/07 del Consejo, de 22 de enero de 2007.

El 23 de junio de 2008, el Consejo de la Unión Europea³, incorporó al ordenamiento jurídico de la UE los elementos básicos del Tratado de Prüm, estableciendo las disposiciones normativas comunes necesarias para la ejecución administrativa y técnica de las formas de cooperación establecidas en el mismo, en particular en lo que respecta al intercambio automatizado de datos de ADN, datos dactiloscópicos y datos de matriculación de vehículos.

De este modo, con la integración de este Tratado Internacional relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de intercambio de datos en la lucha contra las más graves formas de delincuencia (Tratado de Prüm), en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se contribuye a la transparencia y a la seguridad jurídica.

En el Preámbulo del Tratado de Prüm la Altas Partes contratantes del mismo enuncian la motivación y los objetivos, estableciendo una serie de principios en los que se fundamenta la cooperación. Así, teniendo en cuenta un espacio en el que las personas circulan libremente, consideran que es importante que los Estados miembros intensifiquen su cooperación para luchar con mayor eficacia contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. Para ello se comprometen a:

- Conseguir el máximo nivel posible de cooperación, especialmente en los ámbitos citados, ofreciendo a todos los demás Estados miembros la posibilidad de participar en esta cooperación.
- Mejorar el intercambio de información, creando a tal fin las bases jurídicas y técnicas necesarias para hacer posible la consulta automatizada de datos de otras bases de datos, en la medida en que sea necesario y proporcionado para profundizar en la cooperación transfronteriza.
- Y todo ello dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes.
- Siendo conscientes de que la transmisión de datos de carácter personal a otra Parte puede vulnerar derechos fundamentales, se requiere que la Parte receptora garantice un nivel adecuado de protección de datos (especialmente de los denominados "Datos Sensibles").
- Por todo ello, consideran que, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas internas vigentes, deben mantenerse y preverse unos controles judiciales adecuados de las medidas previstas en el Tratado.

³ Mediante la Decisión 2008/616/JAI de 23 de junio de 2008 y visto el Dictamen del Parlamento Europeo de 21 de abril de 2008.

– En cuanto al principio de disponibilidad, desarrollado en el Programa de la Haya, con el fin de reforzar y consolidar la libertad, la seguridad y la justicia, establece básicamente que la información que disponen los países miembros debe intercambiarse con la mayor celeridad posible entre los servicios policiales de la UE. Este principio consiste, por tanto, en el incremento progresivo del intercambio de información entre los Estados de la Unión respecto de las materias que se han apuntado. Así, en todo el territorio de la Unión, cuando un funcionario de policía de un Estado miembro necesite información para llevar a cabo sus obligaciones pueda obtenerla de otro Estado miembro, y si la posee facilitará dicha información para el propósito indicado, teniendo en cuenta las investigaciones en curso en dicho Estado. Por ello, si bien en el Tratado de Prüm no se hace mención explícita a este principio, encuentra un nuevo desarrollo en el mismo mediante la referencia continua a la mejora del intercambio de información a través de la consulta automatizada de determinadas bases de datos.

En cuanto al contenido del Tratado que venimos comentando, destaca la preocupación por regular el acceso a las bases de datos de ADN, datos dactiloscópicos y de matriculación de vehículos; por compartir información en relación a grandes eventos que presenten una amenaza potencial para la seguridad y el orden público; la prevención de atentados terroristas; la lucha contra la migración ilegal y otras formas de cooperación policial. Si bien, nos centraremos en este trabajo en la regulación que efectúa el Tratado de Prüm de las bases de datos genéticos y su correspondencia con las normas jurídicas españolas en esta materia.

Por lo tanto, la información obtenida del análisis de muestras biológicas mediante las técnicas de ADN, está siendo utilizada en el campo forense como método identificativo, contribuyendo al esclarecimiento de hechos delictivos y permitiendo condenar al culpable o, lo que no es menos importante, demostrar la inocencia de un sospechoso. Asimismo, los avances tecnológicos en el campo de la genética forense, junto a la creación de bases de datos, han puesto de relieve la trascendencia de los marcadores genéticos en las investigaciones criminales.

Mediante la firma del Tratado de Prüm, España se compromete, junto al resto de los Estados firmantes, “a crear y mantener ficheros de análisis del ADN con la finalidad de la persecución de los delitos”. Se establece así una obligación directa de crear bases de datos con perfiles de ADN y se determinan una serie de coordenadas básicas en el tratamiento de la información contenida en dichos ficheros.

Nuestro país, a la firma del citado Tratado (2005), si bien se venían aportando al proceso penal pruebas periciales de ADN para determinar la autoría de hechos delictivos, la práctica de dicha prueba ha carecido de regulación específica en nuestras normas procesales hasta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que en su disposición final primera modificó los artículos 326 y 363 de la LECrim. y le añadió una nueva disposición adicional tercera, de acuerdo con la cual el Gobierno

regularía, mediante Real Decreto, la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN.

No obstante, dicha reforma se mostraba insuficiente⁴, creando numerosos interrogantes en la praxis judicial (competencia sobre la recogida de muestras biológicas, valor probatorio de los análisis de ADN, registro de los perfiles de ADN en bases de datos policiales, su incidencia en el derecho fundamental a la intimidad, etc) y que ha dado lugar al pronunciamiento de Sentencias contradictorias, llegando incluso a hablarse de “anomia” y “raquitismo normativo”⁵. Así, tanto desde el campo de la genética forense como del Derecho⁶, se venía reclamando el desarrollo de un marco legislativo adecuado que regulara los aspectos fundamentales del uso del ADN como método de identificación en el ámbito penal y su inscripción en una base de datos para su empleo en ulteriores investigaciones.

Posteriormente, se ha cubierto dicho vacío legal con la aprobación de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (en vigor desde noviembre de 2007). Con ello, se establece un nuevo marco jurídico que regula, junto a los citados artículos 326 y 363 de la LECrim., la obtención del ADN a partir de muestras biológicas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, la incorporación de dichos perfiles identificativos a una base de datos única creada al respecto, a fin de que puedan ser utilizados para la investigación de determinados delitos o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas y que permitan el intercambio de dicha información. Asimismo encomienda a la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN la función de acreditación de todos los laboratorios que realicen análisis de ADN y aporten perfiles genéticos a la citada base de datos policial.

Por lo expuesto, es necesario incidir en la importancia de la unificación de criterios en la actuación de los laboratorios acreditados que realicen análisis de ADN y

⁴ En este sentido, se ha señalado que “no deja de llamar la atención que una reforma que ha tardado tanto tiempo en efectuarse, se limite a un par de preceptos, en los que brillan más las lagunas que las nuevas previsiones”. Cfr. Rives Seva, A.P. “Intervenciones corporales”, en Vv.Aa., La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 4ª ed., 2008, pág. 916.

⁵ STS 179/2006, de 14 de febrero.

⁶ Vid., entre otros, GUILLÉN VÁZQUEZ, M./PESTONI, C./CARRACEDO A.: “Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales” en Revista Derecho y Genoma Humano, nº 8, 1998, págs. 139 y ss.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “Las bases de datos genéticos para aplicaciones policiales”, en Cuadernos de la Guardia Civil, nº 35, 2007, pág. 91; RUIZ MIGUEL, C.: “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en Revista Derecho y Genoma Humano, nº 14, 2001, pág. 161; GARCÍA AMEZ, J.: “La protección de los datos genéticos en España. Un análisis desde los principios generales de protección de datos de carácter personal”, en Revista Derecho y Genoma Humano, nº 24, 2006, pág. 63; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “La recogida de muestras biológicas y la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 703, 2006; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo de ADN en la investigación penal”, en Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 27, 2007, pág. 49.

aporten perfiles genéticos a la base de datos nacional, así como en la salvaguarda de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal. De hecho esta coincidencia es uno de los pilares en los que fundamento el presente trabajo.

Actualmente se ha cumplido el primero de los mandatos establecidos en la Disposición adicional primera de la L.O. 10/2007 de integrar, en la base de datos policial que crea la citada Ley, los distintos ficheros y bases de datos de ADN pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existentes a la entrada en vigor de la Ley (los de Policía Nacional y Guardia Civil)⁷. Así, mediante la Orden del Ministerio del Interior 177/2008, de 23 de enero⁸, se crean los dos únicos ficheros policiales que contienen los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN, tanto en el marco de investigaciones criminales ("INT-SAIP") como en los procesos de identificación de cadáveres o de personas desaparecidas (INT-FENIX), siendo el órgano administrativo responsable de los citados ficheros y de su gestión el Ministerio del Interior.

Igualmente, y en adecuación a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, además de la denominación de los citados ficheros, su finalidad y órgano responsable de su gestión, se recogen en esta Orden Ministerial el resto de características exigidas por la mencionada Ley a los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas que contienen datos de carácter personal⁹ (usos previstos, personas o colectivos sobre los que se pretenden obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos, procedimiento de recogida de los datos, estructura básica del fichero y descripción de los datos de carácter personal incluidos en el mismo, cesiones y transferencias de los datos, órgano administrativo responsable ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, cancelación y oposición, así como el nivel de las medidas de seguridad exigible).

Respecto a los datos genéticos que pueden ser inscritos en la base de datos policial que venimos comentando, tanto el Tratado de Prüm como la Ley Orgánica 10/2007, establecen con claridad que tan solo podrán inscribirse en los mencionados ficheros los datos obtenidos a partir del *análisis de ADN no codificante*¹⁰,

⁷ Por parte de la Policía Nacional los ficheros ADN-Veritas y ADN-Humanitas y, por parte de la Guardia Civil los ficheros ADN-IC y FÉNIX. Estando previsto, asimismo, que mediante la suscripción de un convenio puedan ser integrados en la nueva base de datos los procedentes de otros ficheros de ADN, tales como el de las Policías Autonómicas y el del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

⁸ BOE nº 30, de 4 de febrero de 2008.

⁹ Modificando la Orden INT/3764/2004, de 11 de noviembre.

¹⁰ Según la definición ofrecida en el art. 2 c) de la Decisión 2008/616/JAI, de 23 de junio de 2008, se entenderá por "parte no codificante del ADN: las regiones cromosómicas sin expresión genética, es decir, aquellas de cuya capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo no se tiene constancia".

que si bien permite una identificación absolutamente fiable de la persona y que es distinto para cada individuo, no permite acceder a otro tipo de información sobre el sujeto, contenida en el ADN codificado, cuyo análisis no queda comprendido en el ámbito material de las normas citadas. Es decir, "los identificadores obtenidos a partir del ADN que proporcionen exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo"¹¹, pero en ningún caso los de naturaleza codificante que permiten revelar cualquier otro dato o característica genética.

Con esta medida se ha adoptado una garantía plausible, pues de la información que puede obtenerse del perfil genético de una persona¹², en el marco de una investigación criminal, se ha acotado exclusivamente a su identificación, lo que conlleva una garantía del derecho a la intimidad.

Ahora bien, el primer paso para obtener el citado perfil genético de una persona y poder compararlo con otros perfiles de ADN registrados en la base de datos, es contar con una muestra o vestigio biológico para poder realizar el correspondiente análisis de ADN. Teniendo en cuenta que los avances científicos y técnicos permiten que se pueda extraer material genético de cualquier evidencia o muestra biológica, por pequeña que ésta sea o incluso que se encuentre degradada (manchas de sangre, pelos, uñas, fluidos corporales como restos de saliva o semen). De este modo, en el marco de una investigación criminal, el ADN resultante de los vestigios biológicos hallados y recogidos en el lugar del delito o en el cuerpo de la víctima (muestra dubitada) podrá ser contrastado con la muestra obtenida del cuerpo del sospechoso (muestra indubitada) con el fin de compararlas. Si se establece una coincidencia se elaborará el informe pericial correspondiente, que será aportado como prueba en el proceso penal.

Para ello, y para evitar que la citada prueba pericial de ADN sea tachada de irregular o de ilícita en el proceso penal, es necesario que la obtención de las muestras biológicas de referencia (dubitada e indubitada) y su posterior análisis, se efectúe conforme a las garantías exigidas por nuestra Constitución y leyes procesales, evi-

¹¹ Así lo manifiesta la doctrina especializada en genética forense, que equipara los marcadores genéticos no codificantes, también denominada huella genética, con la huella dactilar por la información que ambas huellas revelan. Al respecto, vid. GUILLÉN VÁZQUEZ, M./PESTONI, C./CARRACEDO A.: "Bases de datos de ADN...", ob. cit., pág. 142. Con matizaciones, GARCÍA, O.: "Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: Antecedentes históricos y visión genética", en Revista Derecho y Genoma Humano, nº 27, 2007, págs. 194-199.

¹² El ADN es la molécula que contiene la información genética de una persona, así como de sus ascendientes y descendientes y que permite distinguirla del resto de individuos. Ahora bien, si de las diversas regiones polimórficas del ADN (codificante y no codificante) el estudio se limita a las de ADN no codificante "no se obtiene información alguna acerca de características físicas o fenotípicas del individuo (tales como la predisposición individual a padecer enfermedades de base genética). Al respecto, Cfr. GARCÍA, O.: "Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial..." ob. cit., pág. 182.

tando así la vulneración de derechos fundamentales. Ahora bien, el escaso marco normativo¹³ que regula la recogida de muestras o vestigios biológicos hallados en el lugar del delito o la toma de muestras obtenidas directamente de la persona imputada, como ya se indicó anteriormente y que será desarrollado con posterioridad, ha generado múltiples problemas en sede judicial, dictándose sentencias contradictorias¹⁴, en lo referido a la obtención policial de las muestras (especialmente en las abandonadas por el sospechoso) y en la necesidad o no de contar con la previa autorización judicial. Asimismo, y a falta de un pronunciamiento concreto del Tribunal Constitucional respecto a la posible afectación de derechos fundamentales mediante las intervenciones corporales con la finalidad de obtener perfiles de ADN, la cuestión ha sido abordada por un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ante este panorama legislativo y jurisprudencial, la Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial de ADN, si bien ha venido a despejar algunas dudas, ha desaprovechado la oportunidad de establecer una regulación más específica y adecuada sobre la materia, que viniera a dar la seguridad jurídica que precisa esta prueba, que se ha convertido en los últimos años en la "prueba estrella"¹⁵ del panorama procesal, no colmando las expectativas que despertaba su aprobación¹⁶. Así, en lugar de regular la toma de muestras biológicas en su articulado, lo contempla en su Disposición Adicional Tercera, estableciendo que "para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá

¹³ Arts. 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

¹⁴ Lo que ha despertado bastante "inquietud" entre los operadores del Derecho, que manifiestan "la absoluta inseguridad que genera una insuficiente regulación sobre el procedimiento de recogida de muestras biológicas para la realización de una prueba pericial que es fundamental para la investigación de todos aquellos delitos que tengan al cuerpo humano como objeto o sujeto del procedimiento penal. Cfr. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "La recogida de muestras biológicas: la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 703, 2006.

¹⁵ Como acertadamente la ha calificado el Magistrado De Urbano. Cfr. DE URBANO CASTRILLO, E./TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, 4ª ed., 2007, pág. 142.

¹⁶ En este sentido, en el ámbito jurídico se ha criticado tanto su técnica legislativa como su falta de claridad en lo relativo a la forma en la que se deben tomar las muestras biológicas. Vid.: PRIETO RAMÍREZ, L.M.: "La Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 747, 2008, págs. 1-6; y para el ámbito forense "se ha desaprovechado una gran oportunidad para legislar bien y permitir que el ADN sea, realmente, la clave y el arma fundamental del investigador en la resolución de los delitos más graves. Cfr. CURIEL, A.M.: "Utilidad criminológica del ADN: actualización", en *Noticias Jurídicas*, marzo 2008.

en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim".

No obstante, dicho precepto resuelve la cuestión relativa a si para proceder a la recogida de muestras biológicas es siempre necesario contar con la previa autorización judicial¹⁷. Así, queda claro que tan sólo será preceptiva en los casos en que para la toma de las muestras se requiera una intervención corporal (p.e. frotis bucal) y el afectado no presta su consentimiento. Por ello, conforme a esta Disposición Adicional, en sintonía con el citado Acuerdo del la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, será válida una prueba de ADN obtenida de fluidos o restos biológicos arrojados o abandonados por una persona sospechosa de la comisión de un delito (saliva, colillas, prendas de ropa), recogidos por la Policía Judicial sin orden judicial¹⁸.

Con ello, se ha venido a paliar el "vacío" legal existente en materia de toma de muestras biológicas para la determinación de un perfil de ADN y a respaldar la actuación policial en las diligencias de investigación de graves delitos, otorgando plena eficacia a las pruebas obtenidas por la Policía Judicial sin previa autorización judicial. Una policía científica, como ha reconocido el Tribunal Supremo¹⁹, cada vez más especializada y mejor preparada, con amplios conocimientos científicos en materia de genética forense.

No obstante, y a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico, en España sigue pendiente una regulación legal pormenorizada de las distintas cuestiones que plantean las intervenciones corporales y especialmente sobre el uso de la coerción sobre las personas que, en el curso de una investigación penal y mediante autorización judicial, se negaren a prestar su consentimiento para la práctica de dicha intervención²⁰.

Sin embargo, todo lo descrito hasta ahora contrasta, en el sentido de asimilación como prueba preconstituida, con otro tipo de pericias, como es la identificación dactilar o la analítica de sustancias estupefacientes (específicamente afecta esta últi-

¹⁷ En este sentido, para algún autor con esta Ley "la polémica ha quedado definitivamente resuelta". Cfr. RIVES SEVA, A.P.: *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., pág. 221.

¹⁸ Sobre el mayor protagonismo de las autoridades policiales, en detrimento de la garantía judicial en la práctica de las actuaciones que rodean la investigación genética aplicada al esclarecimiento de hechos delictivos, críticamente ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. "Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN...", ob. cit., págs. 41 y ss. y "La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", en *Diario La Ley*, nº 6901, de 11 de marzo de 2008.

¹⁹ STS 179/2006, de 14 de febrero.

²⁰ Vid., al respecto, los interesantes planteamientos de GOYENA HUERTA, J.: "Las intervenciones corporales coercitivas", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 695, 2005; Muñoz Cuesta, F.J. "Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 25, 2006 y Rives Seva, A.P.: "Intervenciones corporales", en *La prueba en el proceso penal...* ob. cit., págs. 916-918.

ma por el artículo 788.2 de la LeCrim), que actualmente tienen la consideración de prueba preconstituida, es decir, con privilegio jurisprudencial consolidado. En ese sentido transcribo la parte afecta de la Sentencia de la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo (STS 53/2011, de 10 de febrero):

Con carácter previo y para un recto entendimiento de las anteriores manifestaciones del recurrente debemos distinguir los distintos supuestos en orden a la pericial y su posible eficacia e impugnación.

– *Periciales documentadas con privilegio legal.*

En el caso del procedimiento abreviado, se opera una identificación ope legis entre los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de las sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas, y la prueba documental (art. 788.2 LECrim.). La mera impugnación formal no impide su valoración, previa su introducción como prueba documental, sin necesidad de ratificación (Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005).

– *Pericias preconstituidas, según denominación del Tribunal Constitucional que remite al art. 726 para su valoración (ATC. 26.9.2005 con cita AATC. 164/95 de 5.6 y 393/90 y SSTC. 24/91 y 143/2005), y que comprende pautas de asistencia, informes forenses, tasaciones practicadas por perito judicial, actas policiales, entendiéndose por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles (STC. 303/93, recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia). No precisan ratificación si no son impugnados materialmente, no bastando la mera impugnación formal.*

– *Periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado.*

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21.5.99, punto 2, afirmó la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno.

Es el caso de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, basados en conocimientos especializados, que no precisan de ratificación para ser valorados, salvo en caso de impugnación tempestiva y con contenido material (SS. 21.1.2005 en relación con informes lofoscópicos y de 27.11.2000 en cuanto a informes de Gabinete de Balística). Como justificación, se invoca la condición de funcionarios públicos de quienes los elaboran, la consiguiente presunción de imparcialidad, su especialización técnica, y adscripción a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la denominada “prueba preconstituida” (SSTS. 1.12.95, 6.6.96, 10.6.99, 28.6.2000, 16.4.2001, 31.1.2002, 25.1.2005, 31.1.2008, 1.6.2009).

– *Otras pericias, documentadas o no, sometidas a la necesidad de ratificación en el juicio oral.*

En cuanto a las exigencias del contenido de la impugnación, habrá que distinguir:

– *Periciales del art. 788.2 LECrim. Tesis estricta.*

– *No basta la mera impugnación por la Defensa: “La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECr. Las previsiones del art. 788.2 de la LECr son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo” (Pleno de 25.5.2005).*

Es posible no obstante, la impugnación solicitando la defensa otros informes de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe. En todo caso, deberá especificarse el órgano o laboratorio que interese practique la nueva pericia, pues en caso de solicitar simplemente “otra analítica por otro órgano” se entenderá que no hay verdadera impugnación (STS. 17.2.2009), si bien la limitada competencia para realizar, con carácter oficial, análisis de drogas, de acuerdo con los Tratados internacionales, no impide a la parte solicitar otra analítica, designando el Laboratorio correspondiente y asumiendo los gastos que la nueva analítica conlleve (SSTS. 15.1.2002, 21.7.2004 y 22.3.2006).

– *Debe precisarse el extremo impugnado y la razón de la impugnación (STS. 29.6.2009), si se refiere a la competencia profesional del perito, a la necesidad e aclaraciones sobre la naturaleza de la droga, su peso o pureza, a la cadena de custodia, al método empleado etc... y los motivos específicos por los que cuestionan tales extremos.*

Así en STS. 3.2.2009 hemos dicho que la previsión legal del art. 788.2 LECrim. tiene su explicación en las particularidades de esta clase de prueba generalmente consistente en la aplicación de procedimientos químicos o protocolos estandarizados, lo que unido a las garantías que ofrecen los organismos oficiales que los realizan, aporta las necesarias dosis de seguridad acerca de los resultados. Y añade que no impide que la defensa pueda proponer la práctica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensas de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia o necesidad. Tampoco impide que la defensa censure a través de sus argumentaciones y planteamientos determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles. En consecuencia, mientras que en el ámbito de la pericial, la impugnación de la prueba excluye la tácita aceptación de su resultado haciendo necesaria la comparecencia del perito como presupuesto condicionante de su misma validez probatoria, en el de la documental la validez y eficacia de la prueba directamente resulta de su propia naturaleza,

lo que no obsta la posibilidad de contraprobar como se estime oportuno mediante proposiciones probatorias dirigidas a demostrar su falta de validez o a evidenciar su falta de credibilidad ya en el campo de la valoración de las pruebas contradictorias (STS. 866/2009 de 27.9).

No conviene terminar este apartado sin hacer una mención específica a la cadena de custodia. Respecto a ella, diremos que la jurisprudencia emanada de los Tribunales con respecto a este tema tan concreto no es muy abundante (no hay una estandarización normativa del procedimiento), y dentro de su escasez son pocas las sentencias que merecen ser destacadas, aunque el hecho de no poder demostrar que se ha seguido una correcta cadena de custodia ha sido óbice para tirar por tierra importantes investigaciones. Sin embargo, esta estrategia tampoco puede ser utilizada por sistema como un medio para desmontar una investigación, ya que, por ejemplo, en las apreciaciones realizadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el auto de 18-6-1997, núm. 1248/1997, se dice:

“Se alega también por el recurrente que no se ha demostrado una cadena de custodia de las muestras. No basta, como afirma el Ministerio Público en su escrito de impugnación al recurso, una simple alegación genérica de la inexistencia de esta cadena, sino que, conforme a teoría general de la carga de la prueba, debe de determinarse la infracción procesal que se dice cometida, lo que no ocurre en el caso de autos”.

A la vista de lo afirmado por el Tribunal Supremo debemos sacar una primera conclusión sobre el hecho de que no es suficiente que cualquier abogado defensor diga que no se ha cumplido la cadena de custodia sino que deberá demostrar en qué aspecto concreto no se ha asegurado la misma.

Por lo tanto nos encontramos un proceso de estandarización normativa, respecto al carácter de prueba pericial preconstituida, que se basa en una Jurisprudencia de varias velocidades, de manera concomitante al tipo de pericial que se valora, mientras que la comunidad científica da un carácter pleno y estandarizado a las pruebas analíticas que habitualmente se emplean en las ciencias criminalísticas y forenses (prueba de ello es la creación de redes de laboratorios forenses-policiales a nivel europeo, como ENFSI: “European Network of Forensic Science Institutes” en los que los procesos de estandarización y control están mucho más avanzados). De partida nos encontramos entonces con la dicotomía ciencia-jurisprudencia en cuanto a estandarización y fusión norma-ciencia.

IV. REVISIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESPAÑA

Hemos citado ya que algunas pruebas periciales, sobre todo la de sustancias estupefacientes, han sido elevadas al rango de prueba preconstituida, sin necesi-

dad de ratificación, a priori, en juicio orla por parte de los peritos. También hemos introducido la problemática derivada del vertiginoso auge técnico referente a la prueba genética. Al respecto, en algunas ocasiones los peritos nos enfrentamos ante el Poder Judicial, salvando las distancias, con la famosa frase de Galileo en nuestras cabezas...

La denominada prueba de la “huella genética” o de ADN (humano) se ha revelado en las dos últimas décadas como un método de alta fiabilidad en la identificación del autor de un hecho delictivo. Así, ya en el año 1992, el Tribunal Supremo²¹, tras examinar el cálculo de la probabilidad de que otro individuo presente el mismo perfil genético, llegó a la conclusión de que el porcentaje de error era prácticamente inexistente.

Por ello, dicha prueba ha sido determinante para fundamentar la autoría en muchos procesos penales por graves delitos (violación, asesinatos)²². Y ello porque, —como afirman los especialistas en genética forense— con la introducción de las características de ADN en el estudio de los rastros del delito se reduce la frecuencia de los fenotipos hallados de una manera tan drástica, que en la actualidad es posible admitir la identificación de una persona en los casos de coincidencia.

Ahora bien, pese a que la pericia de ADN constituye una prueba plena, en lo que respecta a la acreditación de que la persona a la que se refiere ha estado en contacto con el objeto o víctima en que la muestra ha aparecido, ha de tenerse en cuenta que, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª del TS, “cuando la prueba de ADN es la única existente y es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria”²³

Sin embargo, y pese a los resultados tan espectaculares que está ofreciendo en los últimos tiempos esta prueba, como ya se adelantó, existen Sentencias contradictorias sobre la validez de las pruebas periciales de ADN, especialmente en lo que respecta a la recogida de las muestras biológicas del sospechoso por la policía sin la previa autorización judicial.

En principio conviene destacar, conforme al criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que “no resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación de que en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios, no puedan éstos ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial”²⁴. Se trata, pues, de una prueba pericial legítima, sin perjuicio de que merezca mayor o menor

²¹ STS de 13 de julio. 1992

²² Vid., entre otras, las STS de 11 de mayo de 1993; 24 de febrero de 1995; 18 de octubre de 2002; 19 de diciembre de 2003; 24 de febrero de 2005; 25 de mayo y 11 de octubre de 2006; 7 de noviembre de 2007.

²³ STS 949/2006, de 4 de octubre.

²⁴ STS 179/2006, de 14 de febrero.

credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia.

Como ya hemos señalado, con el fin de acreditar la intervención de un sujeto en un hecho criminal investigado, la prueba pericial de ADN consiste en la comparación de una muestra dubitada (la que en principio no se sabe a que sujeto pertenece) y otra indubitada (la que se obtiene de la persona sospechosa) para determinar si coinciden sus perfiles genéticos. Ahora bien, en un Estado de Derecho toda prueba que pretenda enervar el derecho a la presunción de inocencia, ha de ser obtenida y aportada al proceso penal con todas las garantías exigidas por la Ley. Y precisamente el problema fundamental que ha ocasionado la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sobre las pruebas periciales de ADN, ha sido el referido a su obtención, esto es, a la toma de muestras biológicas para constituir la denominada "muestra indubitada".

Los preceptos legales a tener en cuenta para la práctica de la recogida de los vestigios biológicos (muestras dubitadas e indubitadas) son los arts. 326 y 363 de la LECrim., recientemente reformados por la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, que disponen lo siguiente:

Art. 326 párrafo 3º: "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 art. 282".

Art. 363 párrafo 2º: "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".

Los hechos similares que dieron lugar a dos pronunciamientos contrarios de la Sala 2ª del Tribunal Supremo son, en resumen, los siguientes: en ambos supuestos los acusados, tras cubrirse el rostro con una capucha para evitar ser reconocidos, procedieron en un caso a la quema de un autobús urbano y en el otro a la explosión de un artefacto situado en un cajero automático de una sucursal bancaria. En la huida, ambos sujetos abandonaron las capuchas empleadas, que fueron recogidas por los agentes de la Ertzaintza al efectuar el acta de inspección ocular del lugar del hecho y sus proximidades.

En ambas prendas se encontraron restos biológicos a los que se practicó una prueba de ADN (obteniéndose una muestra dubitada). Con posterioridad, detenidos

los sujetos por su implicación en la realización de actos de la llamada "kale borroka" y estando en los calabozos de una Comisaría de la Ertzaintza, en un caso uno arrojó un esputo al suelo de la celda y el otro al salir de la misma. Tales restos biológicos fueron recogidos con un hisopo por Agentes de la Ertzaintza y enviados a la Policía Científica quien, tras el correspondiente análisis de ADN (muestra indubitada) pudieron determinar, en ambos casos, la coincidencia con los perfiles genéticos hallados en las prendas anteriormente descritas. Mediante esta prueba pericial se pudo acreditar la participación de ambos sujetos en cada uno de los anteriores hechos, siendo condenados por la Audiencia Nacional por delito de daños terroristas.

En la primera de las Sentencias (STS 501/2005, de 19 de abril) la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que la prueba indubitada (la del sospechoso) así obtenida había vulnerado el derecho fundamental al proceso con todas las garantías y en consecuencia estimó ilícita la citada prueba pericial de ADN, declarando la absolución del procesado, por vulnerarse asimismo su derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo y poco después, la misma Sala (STS 8072/2005, de 14 de octubre) se pronunció en sentido totalmente opuesto, al considerar que en la obtención de la fuente de prueba (la muestra indubitada) no se vulneró derecho fundamental alguno y, por tanto, la prueba pericial de ADN en este caso fue considerada lícita para fundamentar la sentencia condenatoria.

La disparidad de los anteriores pronunciamientos estriba en considerar que para la toma de dichas muestras sea necesario o no contar con la previa autorización judicial. Así, en el primer caso, se estima que la práctica de este tipo de actuaciones, es decir, la recogida de muestras indubitadas para la práctica del ADN, corresponde "en exclusiva" a la autoridad judicial, negando así valor probatorio al análisis genético practicado sobre una muestra obtenida por la Policía, sin acreditarse las razones de urgencia que pudieran avalar dicha actuación policial. Llegando incluso a matizar que, "aún en la citada hipótesis de que realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica de la celda que ocupaba el acusado, nos encontraríamos ante una prueba ilícita al no existir resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica", todo ello teniendo en cuenta que no era aplicable al caso la citada modificación procesal, por ser posterior a los hechos enjuiciados, pero llegando a la misma conclusión tras una interpretación demasiado restrictiva de los nuevos párrafos de los arts. 326 y 363 de la LECrim. En definitiva, como señala la citada STS de 19 de abril de 2005, "al haber faltado esa resolución judicial que ordenara la práctica de la mencionada prueba pericial, hubo un defecto de orden procesal que convierte en prueba ilícitamente obtenida la de ADN con que se condenó al acusado".

Sin embargo, en el segundo caso, la Sentencia de 14 de octubre del mismo año, aborda de nuevo la obtención de la fuente de prueba (muestra indubitada) por la policía sin la previa autorización judicial descartando rotundamente la vulneración

de derechos fundamentales. Así, se centra en destacar que la muestra biológica obtenida no fue extraída del cuerpo del sospechoso, sino recogida del suelo. Por ello, expone que “no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante la toma subrepticia de los restos de un esputo que el acusado arrojó cuando salía de una de las celdas de la Comisaría y que fue recogido por la policía. En estos casos no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva”. En conclusión, “los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada”. Y en lo que respecta al problema de la autenticidad de la muestra biológica, si bien el recurrente no lo discute, la Sala Segunda argumenta que los protocolos de obtención de la fuente de prueba se ajustaron a las previsiones establecidas.

Ante la contradicción existente entre las mencionadas Sentencias sobre la prueba de ADN, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, adoptó el siguiente Acuerdo: “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

Consecuencia de dicho Acuerdo es la Sentencia de 14 de febrero de 2006 que, ante hechos similares (coincidencia del ADN encontrado en los restos biológicos hallados en algunas prendas abandonadas en las proximidades del lugar del delito con la huella genética de las colillas arrojadas por los recurrentes y recogidas por la policía) y ante las quejas de los recurrentes sobre supuestas irregularidades detectadas en la recogida de las muestras y posterior análisis de ADN, deja claras una serie de cuestiones al respecto, que merecen ser destacadas.

En primer lugar, respecto a que no existió consentimiento de los afectados en la recogida de la colilla arrojada por ellos, la Sala 2ª fundamenta que “ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial”. Por ello establece que “una colilla arrojada por los recurrentes se convierte en *res nullius* y por ende accesible a la fuerza policial sí puede constituir un instrumento de investigación de los delitos”.

Posteriormente, y en lo referente a la necesidad de iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma, el Tribunal Supremo, basándose tanto en la reforma del art. 326 como en el citado Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, respalda la actuación policial con los siguientes argumentos: “la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma”. Y en lo que respecta a la competencia para la recogida y

posterior análisis de ADN de las muestras indubitadas sin necesidad de intervención corporal, manifiesta que “la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes”.

Asimismo, la Sentencia que venimos comentando, si bien estima oportuno realizar una interpretación flexible de las facultades atribuidas a la policía, recoge una serie de medidas de garantía que deberían adoptarse para la autenticidad de la diligencia, siendo el orden preferencial el siguiente:

- El juez de instrucción en los casos normales
- En supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al art. 282

Finalmente, para aquellos supuestos en los que sin ordenarlo el juez y sin existir riesgo de desaparición o pérdida de la prueba, la policía procede a la recogida de la muestra conforme a sus protocolos y documenta la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados, concluye que “en estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal, que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía”. En definitiva, en este supuesto, “garantizada la cadena de custodia” al Tribunal Supremo no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en el lugar de los hechos delictivos. En consecuencia, acaba determinando que “la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia”.

Estos sólidos argumentos son recogidos y aplicados por otras Sentencias posteriores de la misma Sala²⁵ para declarar la corrección procesal de la práctica de la prueba pericial de ADN.

Asimismo, y en relación con la prueba de ADN, el Tribunal Supremo (STS 968/2006, de 11 de octubre) se ha pronunciado en cuanto al respeto de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, establecido en el art. 363.2 de la LECrim., fundamentando que “la decisión de la toma de muestras biológicas fue dada por el Juez de Instrucción en auto motivado, se trataba de la investigación de un delito grave —violación— no existió consentimiento del recurrente y el Juez, tras analizar la necesidad de la misma, autorizó la intromisión en su intimidad ante valores más relevantes como eran los de determinar la autoría de un delito grave”. Concluyendo que “el principio de ponderación efectuado y la decisión adoptada respetó los principios de proporcionalidad y razonabilidad”, rechazando así la denuncia del recurrente y declarando ajustada a Derecho la forma en la que se llevó a cabo la recogida y analítica de la muestra de ADN.

²⁵ Así, la STS 355/2006, de 20 de marzo; STS 949/2006, de 4 de octubre; STS 968/2006, de 11 de octubre; STS 1062/2007, de 27 de noviembre.

Con ello, podemos afirmar que con estos criterios jurisprudenciales se van perfilando los requisitos y las pautas necesarias para que este medio probatorio sea efectuado con todas las garantías, para que la prueba de ADN, tan rotunda en sus conclusiones, una vez sometida a la valoración de los Tribunales, pueda considerarse idónea para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin perder de vista, claro es, su adecuación a lo dispuesto en la normativa específica que regula la práctica de esta prueba. Esto es, la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la reciente Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

El potencial informativo que el análisis de ADN puede conllevar, ha llevado a algunos autores a utilizar el concepto de "intimidad genética"²⁶, considerándolo "una de las últimas proyecciones del derecho a la intimidad en una sociedad que dispone de medios técnicos suficientes para conocer el ámbito más reservado de las personas"²⁷ o incluso referirse al "ciudadano transparente o de cristal"²⁸.

Por ello, ante la existencia de bases de datos de ADN con fines de investigación criminal y la posible vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, se venía reclamando una regulación legal lo más precisa posible en la materia, ante el temor de que dichos perfiles genéticos pudieran ser empleados en investigaciones posteriores, incluso sin el consentimiento de los afectados²⁹.

No obstante, y pese a la escasa regulación existente, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo³⁰ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible afectación de los citados derechos por el uso de la información contenida en los ficheros de ADN utilizados por la policía. Así, ha considerado que tales temores carecían de fundamento al determinar que "existen preceptos que garantizan que los

²⁶ Vid. ROMEO CASABONA, C.: "El proyecto Genoma Humano: implicaciones jurídicas", en *Ética y Biotecnología*, 1993, pág. 169.

²⁷ Cfr. CORBELLÁ I DUCH, J.: "El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario", en *La Ley*, nº 4733, 1999, pág. 4.

²⁸ Cfr. ESER, A.: "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II, 1985, pág. 361.

²⁹ Vid., entre otros, GUILLÉN VÁZQUEZ, M./PESTONI, C./CARRACEDO, A.: "Bases de datos de ADN...", ob. cit., págs. 142 y ss.; RUIZ MIGUEL, C.: "la nueva frontera del derecho a la intimidad", en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 14, 2001, págs. 160-161; JAÉN VALLEJO, M.J.: "Una visión del problema desde una perspectiva constitucional: el estudio particular de la protección de la intimidad y los bancos genéticos", en *VV.AA., Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, págs. 128-129; GARCÍA AMEZ, J.: "La protección de los datos genéticos en España...", ob. cit., págs. 29 y ss.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "Los datos genéticos en el Tratado de Prüm", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, enero-junio 2007, pág. 142; ZAMBRANO GÓMEZ, E.: "la regulación de los ficheros policiales en España y su tratamiento en la Convención de Prüm. La perspectiva de las autoridades nacionales de protección de datos", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, enero-junio 2007, pág. 167 y ss.

³⁰ SSTs 1311/2005, de 14 de octubre; 179/2006, de 14 de febrero; 949/2006, de 4 de octubre.

datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confidencialidad, seguridad e integridad de los mismos mediante la implantación de medidas conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal". Por ello, concluye, "cualquier temor o recelo de un potencial ataque al "habeas data" está injustificado".

Y en lo que respecta a la posible vulneración del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) por la inscripción de los datos genéticos en los citados ficheros sin el consentimiento del afectado, tras definir el citado derecho, manifiesta que "este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante". Así, si bien la Ley de Protección de Datos establece en su articulado la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, en el mismo precepto se establece que no será preciso dicho consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. Asimismo, se establece en la citada Ley que la misma no será de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. Por ello, nuestro Alto Tribunal basándose en dicha normativa, expone que la "legislación nacional, por otra parte, resulta reforzada por el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el que se señala que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito".

En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos o innecesarios perjudica o contraviene la normativa de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley.

Como consecuencia, la reciente Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial de ADN, acierta al destacar en su Preámbulo "el carácter sensible que dichos datos tienen y el importante grado de protección con que, naturalmente deben contar". De ahí, y para salvaguardar el derecho fundamental a la intimidad, que la Ley haya optado por establecer una serie de garantías jurídicas que es preciso destacar.

- La inscripción en los citados ficheros se limita a "los identificadores obtenidos a partir del ADN que proporcionen exclusivamente información genética relativa a la identidad de la persona y de su sexo" (art. 4). A diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos.
- Los datos que se inscribirán son "los identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que 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”.

- La inscripción en la base de datos policial de los anteriores datos identificadores obtenidos a partir del ADN “no precisará del consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento”.
- El uso de los datos contenidos en el presente fichero se limita a “las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiéndose por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones” y a “las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos previstos en el art. 3 de esta Ley”.
- Podrán cederse los citados datos a “las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policías de terceros países de acuerdo con lo previsto en los Convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes”. A las “Policías Autonómicas y al Centro Nacional de Inteligencia”.
- Finalmente, y de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos, la Ley Orgánica 10/2007 contiene las previsiones correspondientes respecto a la cancelación, rectificación y acceso a los datos (art. 9), estableciendo que “todos los ficheros que integran la base de datos objeto de esta ley están sometidos al nivel de seguridad alto” (art. 8).

Como conclusión respecto a la prueba genética *humana*, con la creación de la citada base de datos policial de perfiles de ADN, España ha cumplido, al menos en parte, con el compromiso de Prüm y estandarización de los procedimientos, en los cuales se sigue avanzando.

No obstante, cuando hablamos de ADN todo el mundo automáticamente piensa en los restos biológicos de procedencia humana, pero la Delincuencia Organizada está en todas partes. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), lleva más de un cuarto de siglo luchando contra el expolio de los ecosistemas y combatiendo el exterminio de multitud de especies animales y vegetales. Para ello más de 160 países han suscrito este acuerdo comercial, entre ellos nuestro Estado, y la propia Unión Europea, instaurando un protocolo administrativo de control de una serie de mercancías (seres vivos o sus partes), que en el caso de España afecta de manera directa a gran parte de especies silvestres autóctonas de nuestro territorio.

Además del control administrativo, el comercio ilegal de estas mercancías es susceptible de ser perseguido penalmente, tanto por la comisión de tipos penales definidos en la L.O. 12/1995, de represión del Contrabando, como otros tipos incardinados dentro de la L.O. 10/95 (título XVI, capítulo V, artículos 332 y siguientes).

Este acuerdo internacional de comercio fue suscrito en Washington, el tres de marzo de 1973, inicialmente por veintiún países, a los cuales se fue produciendo la paulatina adhesión de la gran mayoría de los Estados reconocidos, hasta un total de 175 en la actualidad.

El Estado Español se incorporó al Convenio el 16 de mayo de 1986. El fin del mismo es regular todos los aspectos vinculados a la transacción comercial donde el bien mercantil sean seres vivos o derivados de los mismos, con el objeto de preservar de la extinción las especies silvestres amenazadas, y poder desarrollar un sistema de comercio sostenible.

Para lograr estos fines, el Convenio establece unas categorías, denominadas “Apéndices”, que son revisadas periódicamente. La adaptación del Convenio a la legislación comunitaria en la Unión Europea ha adaptado los Apéndices a “Anexos”.

En la actualidad, los tres Apéndices del Convenio incluyen más de 33.000 especies objeto de regulación, de las cuales unas 5.000 son especies animales. En la Unión Europea, la legislación ha adaptado los Apéndices en forma de cuatro Anexos, con la peculiaridad de que en el cuarto (Anexo D), se han incluido una serie de especies que no se hallan amparadas por el Convenio, pero a juicio de las autoridades comunitarias se ha hecho preciso establecer un control sobre las actividades de importación hacia la UE.

Aunque la prueba genética se realiza en este ámbito y está muy desarrollada, la jurisprudencia española referida a resolución de delitos en el ámbito del tráfico ilegal de especies protegidas o en lo referente a delitos contra la flora y fauna, donde se requiera la prueba genética es casi inexistente, sin embargo la estandarización a nivel internacional está muy avanzada en muchos casos (como en el estudio de las aves rapaces). En este caso, aunque el interés internacional es patente y la delincuencia que gira en torno a esta problemática cada vez es mayor y mejor organizada, puede entenderse que el interés por perseguir delitos de esta índole pasa a un segundo plano y, aunque esta afirmación es subjetiva, simplemente parece que es así y la calificación como delito de un hecho obliga a su persecución. Desde el punto de vista subjetivo parece que hay ciertos delitos “de menor importancia” y no dejan de ser delitos, máxime cuando España está considerada como uno de los países de la Unión Europea con una mayor diversidad.

La tipificación descrita en el Capítulo IV del Título XVI del C.P. es el hecho probado imputado más común en la mayor parte de las actuaciones. Los supuestos recogidos castigan tanto la recolección del medio natural como el comercio o tráfico.

El hecho de que el texto penal limite la comisión del delito a las actividades descritas sobre especies amenazadas supone una limitación a la hora de encausar las actuaciones. De acuerdo al sistema de catalogación anteriormente vigente, se excluía la responsabilidad penal en los supuestos donde la caza, captura, tráfico o comercio se produjese sobre especies declaradas "de interés especial"³¹

No siempre se ha penado en el Código las conductas lesivas o perjudiciales para con el medio ambiente o la biodiversidad. Con anterioridad a la revisión de 1995, la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante su sentencia de 28 de octubre de 1988, expuso al Gobierno la conveniencia de que determinados hechos fuesen tipificados como delitos contra el medio ambiente³².

En el fundamento de derecho quinto el tribunal expresó tener "el convencimiento de que los hechos enjuiciados resultan levemente penados si se atiende a su trascendencia y gravedad, puesto que la captura de animales que se hallan en peligro de extinción afecta directamente a la utilización racional de los recursos naturales y a la defensa y restauración del medio ambiente, debiendo entenderse que esas especies animales, si bien no están sujetas a una titularidad dominical concreta, por tratarse de animales salvajes, constituyen un patrimonio común de la Humanidad, por lo que deben gozar de la protección que a la naturaleza y al medio ambiente otorga el artículo 45 de la Constitución Española".

Por la citada y otras razones cabe desarrollar la prueba genética identificativa, aportando así al Tribunal la certeza de que la especie amparada por especial protección lo es realmente (en muchos casos es complicada su identificación) y se pueda aplicar pena con las garantías procesales adecuadas.

Podríamos exponer una revisión jurídica en la que diversas pruebas periciales, no sólo las genéticas, han tenido peso importante en la resolución de la causa penal, pero aparte de desviarse de la línea argumental del trabajo sí diré brevemente que tampoco se marcan unas pautas claras en vías de la estandarización jurisprudencial y puedan ser consideradas como prueba preconstituida sin necesidad de ratificación.

³¹ STS 3481/1999, se absuelve de un delito tipificado en el art. 344.1 al considerar que la categoría denominada "de interés especial" no afecta a especies en peligro o amenaza, sino a aquellas catalogadas en razón a su singularidad o interés.

³² La sentencia se emitió en una causa abierta por la captura de dos crías de águila real y seis de halcón peregrino de sus nidos, con el fin de emplearlas en actividades de cetrería, y en la filmación de escenas cinematográficas. La sentencia aplicó a los imputados el artículo 42 de la Ley de Caza, en vez del delito de hurto vigente en aquel entonces.

V. CONCLUSIONES

Como colofón este artículo culmina con una serie de conclusiones breves y concisas:

La información obtenida de los avances tecnológicos en los diversos campos de la investigación técnico-científica se aplica como prueba pericial a una velocidad mucho mayor que el procedimiento requerido para ser empleada como prueba documental en el proceso penal.

Los procesos de estandarización referentes a las metodologías empleadas en la prueba pericial están asimilándose a diferente velocidad dependiendo de la prueba de referencia. Sin embargo no sólo la prueba de ADN humano resuelve las investigaciones y, por lo tanto, se ha de empezar a abordar el acelerar la estandarización de otras pruebas para que todas puedan ser presentadas para su estudio de asimilación como prueba documental.

El Poder Judicial debe dar pasos firmes para adecuar el sistema garantista español a la eficacia de la estandarización de la prueba pericial, comenzando por adecuar y normalizar los criterios básicos mediante los cuales toda prueba científico-pericial pueda ser considerada prueba documental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R. Y RIUS DIEGO, F.J.: *La entrada y registro en lugar cerrado. Consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*, Tecnos, Madrid, 2009.
- ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: "La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la Policía Judicial", en *La Ley*, nº 4900, Madrid, 2009+.
- CORBELLÁ I DUCH, J.: "El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario", en *La Ley*, nº 4733, Madrid, 1999.
- ESER, A.: "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II, (trad. del alemán por C. M. Romeo Casabonal), Madrid, 1985.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: "Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo de ADN en la investigación penal", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 27, Ed. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.
- FIGUEROA NAVARRO, C.: "Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN", en *Ley Penal*, nº 54, noviembre, Madrid, 2008.
- GARCÍA AMEZ, J.: "La protección de los datos genéticos en España. Un análisis desde los principios generales de protección de datos de carácter personal", en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 24, Ed. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao 2006.
- GÓMEZ SÁNCHEZ.: "Las bases de datos genéticos para aplicaciones policiales", en *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 35, Ed. Dirección General de la Guardia Civil, Madrid, 2007.

- GOYENA HUERTA, J.: "Las intervenciones corporales coercitivas", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 695, Navarra, 2005.
- GUILLÉN VÁZQUEZ, M./PESTONI, C./CARRACEDO A.: "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales" en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 8, Ed. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao 1998.
- MUÑOZ CUESTA, F.J. "Obtención de muestras del inculpaado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 25, Navarra, 2006.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "La recogida de muestras biológicas y la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 703, Navarra, 2006.
- RIVES SEVA, A.P. "Intervenciones corporales", en VV.AA., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. 4ª Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- ROMEO CASABONA, C.: "El proyecto Genoma Humano: implicaciones jurídicas", en *Ética y Biotecnología, dilemas éticos de la medicina actual* 7 ed (Javier Gafo) Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993.
- RUIZ MIGUEL, C.: "La nueva frontera del derecho a la intimidad", en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 14, Ed. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao 2001.
- VV.AA.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- VV.AA.: *Conclusiones investigadores IUICP* (año 2010).Ed. IUICP, Madrid, 2010.
- VV.AA.: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, enero-junio, Ed. Facultad de Derecho, Granada, 2007.
- ZAMBRANO GÓMEZ, E.: "La regulación de los ficheros policiales en España y su tratamiento en la Convención de Prüm. La perspectiva de las autoridades nacionales de protección de datos", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, enero-junio Ed. Facultad de Derecho, Granada, 2007.

VI. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.
- STS 53/2011, de 10 de febrero
- SSTS de 1-10-2002 [R] 2002, 9351), 18-11-2002 [R] 2002, 9868))
- SSTS de 14-2-2000 [R] 2000\693], 8-3-2000 [R] 2000\1181], 21-5-2001 [R] 2001\7049], 1-10-2002 [R] 2002, 9351) y 18-11-2002 [R] 2002, 9868)).
- SSTS 1311/2005, de 14 de octubre; 179/2006, de 14 de febrero; STS 949/2006, de 4 de octubre. STS 3481/1999
- SSTS 1311/2005, de 14 de octubre; 179/2006, de 14 de febrero; STS 949/2006, de 4 de octubre. STS 3481/1999
- STS 179/2006, de 14 de febrero.
- Documento 5473/07 del Consejo, de 22 de enero de 2007.
- Decisión 2008/616/JAI de 23 de junio de 2008.

Fecha de recepción: 12/07/2012

Fecha de aceptación: 1/09/2012

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BORREGO

*Inspector-Auditor de la Secretaría de Estado de Seguridad
Licenciado en Derecho
Master en Ciencias Policiales y de la Seguridad*

FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS

*Prof. Doctor de Derecho Internacional
Universidad Católica San Antonio de Murcia*

RESUMEN

En la investigación de hechos delictivos calificados como graves se puede solicitar del Juez competente la intervención de las comunicaciones efectuadas por los sujetos sometidos a esa investigación en sus distintas modalidades. En el presente artículo se hace un breve estudio de la intervención telefónica, por ser ésta modalidad de investigación la que con mayor frecuencia es utilizada por la policía judicial en la averiguación del delito y del delincuente.

Se realiza desde un punto de vista práctico a tener en cuenta por los encargados de la investigación criminal (policía judicial).

Palabras clave: Derecho Procesal Penal, intervención de las comunicaciones, secreto de las comunicaciones, Policía Judicial, escuchas telefónicas, policía judicial.

ABSTRACT

In the investigation of serious crimes can be qualified as a competent judge request the intervention of the notifications made by the test subjects such research in its various forms. This article is a brief study of the wiretap, as this kind of research, which is most often used by the judicial police in the investigation of crime and the offender. The article studies the practical considerations about responsibility in the criminal investigation (judicial police).

Key words Criminal procedural law, communication interception, secret communications, Judicial Police, wiretapping, judicial police.