

TEMAS

La prueba de ADN en el proceso penal

José María Garzón Flores

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

La prueba de ADN en el proceso penal

José María Garzón Flores

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **José María Garzón Flores**, 2018

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

Primera edición: marzo 2018

Edición electrónica: <http://www.wolterskluwer.es>

Depósito Legal: M-5804-2018

ISBN Impreso: 978-84-9020-693-5

ISBN Electrónico: 978-84-9020-694-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

podrá tener en cuenta estas pruebas y sobre ellas realizar el aludido juicio de desconexión de antijuridicidad.

Por último hay que advertir que el Ministerio Fiscal, en virtud de la función que le otorga el art. 124 CE: «ha de velar por el respeto de los derechos fundamentales de la persona impidiendo que la injerencia en los mismo sea arbitraria y no se ajuste en todo momento a las previsiones constitucionales». Esta función resulta relevante en los casos en los que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 302 LECrim, se decreta el secreto de las actuaciones. En estos casos sólo el Ministerio Fiscal será el que tendrá conocimiento de los medios de investigación y por ende, sobre el mismo deberá recaer la responsabilidad de combatir aquellas resoluciones limitativas de derechos fundamentales que no se ajusten a los principios constitucionales o no guarden el debido principio de proporcionalidad.

2.2. *Procedimiento abreviado*

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, estableció la posibilidad de alegación por las partes de vulneración de derechos fundamentales una vez iniciado el juicio oral. Dicho trámite no desapareció tras la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de octubre de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. El art. 786.2 actual (reproducción del antiguo 793.2) dice: «el juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan exponer las partes lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas»⁽⁶⁰⁴⁾.

La jurisprudencia ha configurado esta audiencia *saneadora* como el momento procesal idóneo para alegar las violaciones de los derechos funda-

(604) Vid. MORENO CATENA, V., GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 794. Aunque la audiencia preliminar se integra dentro de las sesiones de juicio oral, constituye un acto totalmente diferenciado.

mentales que pudieran determinar la licitud o la ilicitud de la prueba⁽⁶⁰⁵⁾, si bien algunos autores como DE JUANES PECES⁽⁶⁰⁶⁾, precisan que, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse en este trámite, especialmente previsto para estos fines tal y como se ha expuesto, también es correcto, como pone de manifiesto la STS de 7 de abril de 1995 aplazar la decisión hasta el momento de dictarse sentencia, siempre que existan razones objetivas suficientes para ello, ya que este criterio viene impuesto por el análisis racional del precepto procesal realizando una interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los artículos 11.1, 283.3 y 242 LOPJ. La evitación de vulneración de derechos fundamentales es, entre otras materias, una de las finalidades de este incidente

(605) Auto TS 3 de febrero 1993 declaraba, en su fj 3º, que «Respecto a la denunciada vulneración de normas esenciales del procedimiento en el desarrollo y obtención de pruebas practicadas, hay que remitirse en todo e incondicionalmente a lo que esta Sala expuso en su último Auto de 18-12-1992. Cualquier decisión que en este momento pudiera tomarse carecería, en principio, de la suficiente apoyatura o justificación. El tema de la nulidad de la prueba (que, a su vez, ofrece, como es bien sabido, categorías distintas: nulidades absolutas, relativas, irregularidades procesales, etc.), con diferentes efectos, según las circunstancias, no puede ser resuelto en este momento procesal. En principio, y existe ya jurisprudencia de la Sala en este sentido, la decisión a este respecto tiene su ubicación en el mismo acto del juicio oral. Cuando el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula específicamente un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano Judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento (ver art. 666), causas de suspensión del juicio oral, como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto, está exteriorizando y fijando el camino más idóneo y general para depurar una serie de cuestiones que, de no resolverse previamente, enturbiarían, y a veces gravemente, el posterior desarrollo del proceso y una pérdida no razonable de tiempo y esfuerzos. Este camino no es, desde luego, el único, pero es el ordinario. En efecto, si el juez o Tribunal, no verificara, por unas u otras razones, esa audiencia preliminar, constata después la nulidad radical de la prueba o la incompetencia, tendrá así que declarar en cualquier otro momento posterior, siempre que al hacerlo se cumpla la exigencia de contradicción, uno de los principios esenciales del proceso. Es decir, este trámite no es preclusivo. En cambio, antes de este momento, salvo circunstancias muy excepcionales, que desde luego no son del caso, tales como los supuestos de infracciones procesales y constitucionales que impliquen efectiva indefensión (art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), relativas a diligencias no reproducibles o no subsanables en el juicio oral, es decir, en los supuestos de las llamadas pruebas preconstituídas (v. arts. 448, 467, 417, etc.), no es procedente pronunciarse, incluido el problema que se plantea, en el recurso que ahora se resuelve, de la actuación del señor Van S. al obtener indebidamente, se dice, documentos de la empresa para la que trabajaba, trayendo a colación la teoría del “árbol envenenado”; porque para hacerlo exige, como tantas veces se ha dicho, un conocimiento en profundidad del tema, que ahora no se tiene».

(606) Vid. JUANES PECES, A.; *El proceso penal. Prueba y presunción de inocencia; especial consideración de la prueba ilícita*.

previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, puesto que se exige por el mismo la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, sobre todo si durante la vista oral se aportan o reproducen *pruebas* esclarecedoras al respecto.

Nuestra jurisprudencia establece como idónea la audiencia de referencia al entender —equivocadamente a mi juicio—, que el Juez de Instrucción deberá pronunciarse con anterioridad sobre la ilicitud de la prueba. En contra, Augusto de Vega Ruíz sostiene en voto particular en la misma resolución, que no cabe resolver sobre dicha nulidad (salvo en casos graves que provoquen efectiva y evidente indefensión) en la fase de instrucción, debiendo aplazarse hasta este momento dicha discusión⁽⁶⁰⁷⁾. A juicio del alto tribunal, dado que los principios que rigen el Procedimiento Abreviado son los de concentración y rapidez, tal cuestión carece de trascendencia práctica puesto que no cabe otro recurso que el que cabe contra la sentencia en su momento⁽⁶⁰⁸⁾.

A esta línea jurisprudencial habría de reprocharle que el momento de resolver sobre la ilicitud no carece de consecuencias en la práctica, esencialmente considerando los efectos reflejos que suscita así como la propia influencia psicológica en el ánimo del juzgador. Además, cobra especial

(607) STS 160/1997, de 4 de febrero fj 1º: «Al expresar el Texto Legal que el Tribunal resolverá “lo procedente” ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite».

(608) STS de 6 de marzo de 1995 (recurso nº 579/1994), dictada en el denominado Caso Gorostiza, criticó la actuación del Tribunal de instancia al pronunciarse mediante una resolución motivada sobre la ilicitud de las pruebas que había sido planteada por las partes en el marco de la audiencia preliminar, en contra del criterio de actuación seguido por la propia Sala 2ª en algunos asuntos de su competencia, declarando que «No cabe duda de que el Auto de la Audiencia Nacional de 20 diciembre de 1993 fue extemporáneo, pues el planteamiento formal de la cuestión que decidió negativamente tal resolución, tuvo lugar en el pórtilo del juicio oral de un procedimiento abreviado y al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige dar una respuesta “in actu” y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa». Incluso en alguna sentencia el TS criticado la resolución en Auto sobre dicha solicitud en la audiencia preliminar, aconsejando hacerlo en sentencia, si bien establece que dicha facultad es admisible y discrecional del Tribunal enjuiciador.

importancia dicho momento al cobijo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, especialmente en los supuestos de confesión voluntaria del acusado, valorada como prueba jurídicamente independiente. Como afirma MIRANDA ESTAMPRES⁽⁶⁰⁹⁾, la jurisprudencia sanciona el carácter no preclusivo de la audiencia pudiendo hacerse en cualquier momento procesal, incluido en fase de recurso, si bien esto sólo es posible en el caso de que las nulidades sean ostensibles y patentes, autorizando a dicha revisión para éstas por el Tribunal superior, vía recurso.

Dicha línea jurisprudencial cuenta con una oposición de un sector muy importante de la doctrina, LOZANO-HIGUERO PINTO y MARCHENA GÓMEZ al considerar que un adecuado sistema de tutela de los derechos fundamentales postula un amplio poder saneador de oficio por el Juez, previa audiencia de las partes⁽⁶¹⁰⁾. Lo necesario sería reconocer a las partes la posibilidad de denunciar y al Juez de apreciar la ilicitud de las pruebas en cualquier momento procesal, no sólo en la audiencia preliminar, pues nada habría de impedir, a pesar del silencio legal, dicha solución.

2.3. Tribunal del Jurado

2.3.1. Planteamiento de cuestiones previas

El artículo 36.1 b) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, prevé que cualquiera de las partes pueda plantear como cuestión previa al Magistrado Presidente antes de constituirse el Tribunal del Jurado, la posible vulneración de un derecho fundamental. Además el apartado e) permite la impugnación de las pruebas propuestas por las otras partes. Como advierte MIRANDA ESTAMPRES⁽⁶¹¹⁾, la formulación de dichas cuestiones dará lugar a la incoación de un incidente procesal que según lo previsto en el art. 36.2, deberá ajustarse a los artículos de previo pronunciamiento recogidos en los art. 668 a 677 LECrim⁽⁶¹²⁾. Ambos apartados posibilitan o facultan a las

(609) Vid. MIRANDA ESTAMPRES; *El concepto de prueba ilícita...* Cit. Pág. 156.

(610) Vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. y MARCHENA GÓMEZ, M.; *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*. Ed. Comares. Granada. 1996.

(611) Vid. MIRANDA ESTAMPRES; *El concepto de prueba ilícita...* Cit. Pág. 158.

(612) Vid. JUANES PECES, A.; *El proceso penal. Prueba y presunción de inocencia; especial consideración de la prueba ilícita*. Mediante esta regulación se introduce en el proceso de jurado el sistema de incidente previo en orden a resolver la licitud o ilicitud de una prueba concreta.



Este libro es un libro de claves. De las últimas claves que permiten comprender con claridad el estado de la cuestión del ADN en la jurisdicción española tras las últimas reformas operadas.

El uso del ADN, junto a la geolocalización facilitada por los móviles y las videgrabaciones, tanto en zonas públicas como privadas, ha revolucionado el mundo de la investigación criminal.

Su importancia, como medio de prueba, radica en el efecto identificador de una muestra. Aunque su valor no es absoluto, permitirá determinar la pertenencia de tal muestra a un sujeto con un grado de probabilidad muy alto y, por ende, concretar el grado de participación de aquél en los hechos investigados.

De hecho, se ha convertido en la prueba reina –cuando es posible su uso– entre los jueces de instrucción españoles, porque permite fundar su convencimiento de una manera que ninguna otra prueba lo había hecho antes.

En este volumen se identifican, señalan y explican las lagunas legales que todavía existen en el proceso de recogida y procesamiento de dichas pruebas durante las investigaciones criminales, resaltando, de forma especial, la regulación de la *vis coactiva* para la obtención de la muestra biológica de ADN.

También aborda asuntos tan relevantes como la extinción de la inscripción de los antecedentes, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y si es obligado o no compartir dichos antecedentes con Europol.

Siendo éste el objetivo de la obra, su estudio será, sin duda, imprescindible para los profesionales implicados en el proceso penal, aún más al ser una técnica probatoria de reciente implantación en la investigación del delito.

