

ÁLVAREZ BUJÁN, MARÍA VICTORIA.
LA PRUEBA DE ADN COMO PRUEBA CIENTÍFICA.
SU VIRTUALIDAD JURÍDICO PROCESAL,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. 747 págs.
ISBN-13: 9788491904113

ANTONIO VILLANUEVA MARTÍNEZ
Universidad de Vigo

El libro “*La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*”, de María Victoria Álvarez Buján es, así lo creemos, el libro definitivo sobre la prueba de ADN: su análisis es riguroso y completo desde la perspectiva procesal, que, como prueba que es, se trata del enfoque en el que el jurista está interesado.

No nos sorprende que sea así. Y es que María Victoria Álvarez Buján es licenciada en Derecho por la Universidad de Vigo; y obtuvo el Máster de la Abogacía y el Doctorado en la misma Universidad, éste último gracias al libro del que tenemos el honor de hacer la recensión. Además de su destacada actividad docente y divulgadora, como investigadora ha obtenido el Premio “*Manuel Olivencia*” en 2017, concurriendo bajo seudónimo.

El libro se divide en cinco capítulos: consideraciones generales sobre la prueba de ADN y las intervenciones corporales desde una perspectiva científica y jurídica; marco constitucional y normativo de las pruebas de ADN; la toma de muestras biológicas indubitadas: requisitos subjetivos y otras peculiaridades; la eficacia y valoración de los análisis genéticos; y singularidades de la obtención, registro, utilización y transmisión de perfiles de ADN: las bases de datos genéticos, la coerción jurídica y la cooperación judicial internacional.

Este primer capítulo supone el encuadre de la prueba del ADN desde su perspectiva jurídica-procesal y dogmática, delimitando la prueba entre las figuras afines. Este marco teórico permitirá comprender perfectamente el análisis que lleva a cabo la autora. Independientemente de si se está de acuerdo o no con estas premisas, lo cierto es que el lector conoce qué es objeto de la investigación.

Así, delimita, explica y aclara los siguientes conceptos, claves en la prueba del ADN: gen, genotipo, perfil genético, análisis de STR mediante cadena de polimerasa (PCR), genoma; distingue las inspecciones corporales (reconocimiento del cuerpo humano) de las intervenciones de corporales (extracción de elementos internos o externos), siendo leves las que no afectan a la salud, y graves las que sí la afectan; diferencia las medias de investigación directas, que se agotan una vez realizadas, y las indirectas, que necesitan de un informe pericial; se refiere especialmente al cacheo; y dedica una especial consideración a la naturaleza jurídica-procesal del ADN, por lo que distingue los conceptos de prueba documental, prueba anticipada y prueba preconstituida.

Nos vamos a detener en dos puntos. El primero de ellos es el relativo a la negativa por parte de la víctima, señaladamente de un delito sexual, a someterse a una exploración corporal. En ese caso, a diferencia de la negativa por parte de investigado, la autora no puede posicionarse a favor de la *vis* física en aras de su dignidad e intimidad. Se trata de una solución jurídica bien fundamentada, pero, gracias a las reflexiones del libro, hemos de sostener lo siguiente: los delitos sexuales son de naturaleza semipública o, si se quiere, semiprivada, puesto que requieren la denuncia de la víctima. El no consentimiento a la realización de la exploración corporal, a nuestro entender, tendría que equivaler al deseo de no denunciar el hecho. Otra cosa es que no haya vestigios físicos por la naturaleza de los hechos o por el tiempo transcurrido, pero, en todo caso, la víctima debe colaborar. Por supuesto, como se ve, esta solución es contraria a la *vis* física, punto en que estamos totalmente de acuerdo con la autora.

El segundo de los puntos en los que nos gustaría detenernos es el de la naturaleza de la prueba del ADN. De acuerdo con la autora, la muestra dubitada (la hallada en el lugar del crimen), se trataría de una prueba preconstituida o, como prefiere, un medio de aseguramiento de prueba, pues que, como afirma, ni puede demorarse ni repetirse. Sin embargo, la prueba de ADN en cuanto a la muestra indubitada, tiene la naturaleza de prueba pericial, al igual que la prueba del ADN en el proceso civil.

En este caso, tampoco podemos estar de acuerdo con esta postura, toda vez que, por su carácter irrepitable y urgente, se trataría de una prueba anticipada. La fuente de prueba se agota con la realización del análisis, de manera que no puede ser una prueba preconstituida.

Quizás echemos de menos la distinción entre fuente y medio de prueba, pero en un libro dedicado a la prueba de ADN, este conocimiento debe presuponerse en el público al que va dirigido.

En cuanto al capítulo número II, lo dedica al marco constitucional y normativo de la prueba de ADN. La autora se plantea lo siguiente en este capítulo: dado que la realización de la prueba de ADN y, en concreto, la extracción de la muestra indubitada, requiere una intervención corporal que limita los derechos de la persona donante de la muestra, en consecuencia, analiza los derechos que están en juego en la realización de pruebas de ADN, y en qué casos se justifica su limitación, casos, que aclara, estarán sujetos al principio de legalidad.

Los derechos que están en juego son el derecho a la integridad física moral (en el caso de una investigación penal. Artículo 15 CE), y el derecho a la intimidad personal (en el caso de la investigación de la paternidad. Artículo 18.1 CE); además del derecho a la libertad (artículo 17 CE); y derecho de no declarar contra sí mismos, y no de confesarse culpables (artículo 24 CE); así como los derechos a la intimidad genérica y a la protección de los datos personales (artículo 18.4 CE), estos últimos de nueva creación. En el ámbito del proceso civil, la prueba de paternidad tiene la consideración de carga procesal (artículo 767.4 LEC), por lo que requiere, en todo caso, el previo consentimiento.

De entre ellos, destaca, por su relevancia, el análisis de los límites del derecho a la libertad, que, en el caso de la realización de la prueba del ADN, se refiere a la obligatoriedad de la medida. La práctica de la prueba de ADN implica, en primer lugar, una detención, por lo que debe haber indicios delictivos por parte del sujeto (artículo 492 LECrim). Hace especial mención de la prueba de alcoholemia, de las que el Tribunal Constitucional dice que no implican una detención, sino que se encuadra dentro de la actividad de prevención de la policía, mientras que tal práctica no sería admisible con respecto al ADN, puesto que se quebrantarían los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

La misma referencia a los controles de alcoholemia la realiza cuando considera la limitación del derecho a no declarar, a no declarar contra uno mismo, y a la presunción de inocencia. En este caso, como el resultado de la prueba de alcoholemia es incierto, no resultan afectados estos derechos. En cuanto a la prueba de ADN, la autora entiende fundamental las consideraciones presentes en la directiva europea, por la cual la prueba de ADN es una conducta pasiva: un soportar, no una declaración. Por lo tanto, no hay infracción de estos derechos, que precisan de una conducta activa del sujeto.

Para la autora, además, es esencial remarcar que la prueba de ADN es neutra y ambivalente: sirve para exculpar; los resultados deben leerse en términos indiciarios y estadísticos; y no sirven para basar la condena, pues sólo prueban que la presencia del sujeto.

Estamos de acuerdo con la autora en que la prueba de ADN no es, *per se*, concluyente, ni conduce a la condena automática. A pesar de ello, la autora pone de manifiesto que la prueba de ADN no sólo acredita la presencia del sujeto en el lugar de los hechos: si las muestras dubitadas se han hallado debajo de las uñas de la víctima, puede decirse que el contenido probatorio de la prueba de ADN es mayor.

Se detiene en el análisis del derecho a la intimidad y, en concreto, a los nuevos derechos a la identidad, intimidad e integridad genética; la protección de datos de carácter personal; y a la autodeterminación informativa. Y ello en relación al tratamiento registral del ADN codificante (que afecta a la identidad de la persona, y tiene una escasa variabilidad) y no codificante (identifica a la persona; es polimorfo, y no afecta a datos de carácter personal).

En este punto, nosotros tenemos la siguiente duda. La autora habla en todo caso de la muestra indubitada. ¿Qué tratamiento habría de darse a la prueba dubitada?, ¿sería posible indagar sobre una enfermedad con un reflejo genético que ayudase a encontrar al responsable? En este caso, la información no tendría, en ningún caso, acceso al registro. Se trata, en todo caso, de una duda que se nos ha presentado al leer el apartado referente al derecho a la intimidad. Aunque la autora resuelve esta cuestión, en el sentido de que, a día de hoy, no está permitida por la legislación.

Por otra parte, la autora refiere que obtener información de las características físicas por medio de la prueba de ADN equivaldría a una prueba testifical, pero más fiable.

Respecto al derecho a la protección de datos de carácter personal, analiza las previsiones de la L.O. 10/2007, de 8 de octubre, por la que se implementa el registro de los datos genéticos. Esta ley contempla la gravedad delictiva como parámetro para la inscripción de los datos. Para la autora, debe atenderse con más cautela el período máximo de almacenamiento de los datos, pues la extralimitación lleva a absoluciones *ope legis*. Y es que, tal y como indica la autora, un tratamiento de los datos que infrinja el principio de proporcionalidad afecta al derecho a un juicio imparcial.

Trata con especial consideración el principio de proporcionalidad, capital y complementario en Derecho Penal. Es, además, clave en materia de la prueba de ADN al ser incluido en el art. 363.2 LECrim. Este principio plantea una serie de exigencias que trata con especial atención: la gravedad delictiva; la existencia de indicios delictivos suficientes; el principio de idoneidad (constitucionalmente legítima y útil); el principio de necesidad (indispensable y subsidiaria); y el principio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de los intereses individuales y del Estado).

Nos detendremos en lo siguiente: es cierto aquello que dice la autora respecto a que la policía usualmente presenta la prueba de ADN como una medida más de identificación que acompaña a la huella dactilar, lo cual, como se pone de manifiesto, no se trata de la misma cosa. Debemos reseñar que la autora demuestra un profundo conocimiento no sólo teórico, demostrado por el conocimiento exhaustivo de la legislación sobre la prueba de ADN; sino también, práctico, poniendo de relieve los conflictos que se plantean en la práctica de los operadores jurídicos. Y decimos operadores jurídicos, porque esta perspectiva práctica incluye a la policía, abogados, jueces, ... Como bien destaca la autora, es que no se suele prestar el consentimiento para la realización de las pruebas de ADN.

La autora se detiene con especial atención en el criterio de gravedad delictiva, propugnando que sólo se puede obligar a la práctica de la prueba en caso de delitos graves, pero que, en todo caso y a petición del interesado, pueda practicarse la prueba en cualquier delito. Ahora bien, muy otra cosa, tendrá que admitirse respecto a su inclusión en la base de datos.

En la práctica policial, como bien destaca la autora, como la prueba de ADN se presenta como una medida más de identificación, se podría practicar en todo tipo de delitos y, una vez practicada, se incluirá en el registro policial.

Sobre la práctica de la prueba del ADN en materia de paternidad, después de concluir que está amparada por la Constitución, entiende que debería darse prioridad, ya que es la única prueba que garantiza la verdad de la filiación. Propone, por ello, que pueda ser solicitada por el Ministerio Fiscal o acordada de oficio por el juez en caso de acuerdo entre las partes o de dudas. Añade una observación que se ajusta a la realidad de las cosas: cuando se niega la filiación, las relaciones habrían sido secretas, por lo que la prueba de la posesión de estado, más allá de la prueba de ADN, sería muy difícil.

Aunque la autora se declara en contra de la coerción para la realización de la prueba de ADN en el proceso de filiación, lo cierto es que, puesto que la admisión de

la demanda debe ser acompañada por un principio de prueba, entonces debería poder obligarse a la práctica de la prueba de ADN: es la única que garantiza la verdad científica de la filiación; y no es invasiva.

Tras el análisis del marco constitucional y normativo, la autora concluye que se necesita un tratamiento integral legislativo, y no el resultante de la reforma de la LO 15/2003, que respondió a la necesidad de dar cobertura legal a la prueba de ADN en los casos de Sonia Carabantes y Rocío Wanninkhof.

En cuanto al capítulo tercero, la autora aborda todas las cuestiones legales y las prácticas que se presentan a la hora de proceder a la toma de las muestras, que incluyen no sólo quien puede autorizar; realizar, y quien ha de sufrir la práctica de la prueba, o los sujetos pasivos.

El primero de los sujetos activos, afirma, es el Juez: el único que puede valorar la necesidad, pertinencia y proporcionalidad de la práctica de la prueba de ADN. En caso de urgencia, que es discutible, y previa habilitación legal, afirma que también la Policía Judicial podrá realizar este análisis. Presta una especial consideración a la forma y contenido del consentimiento informado, para que pueda tenerse por consentido: la autora entiende que debe ser preceptiva en todo caso la asistencia letrada, y que la información deba hacer expresa referencia al alcance y consecuencias de la prueba de ADN.

Es interesante destacar un comentario de la autora, por lo agudo de sus reflexiones: afirma que pedir el consentimiento del sospechoso por parte de la policía sin atender a la gravedad delictiva, supone aumentar el número de casos y esto era particularmente fácil hasta la reforma de L.O. 13/2015, que prescribió la asistencia de abogado desde el inicio. En la práctica, las autoridades facilitan un modelo de consentimiento informado (no explicaban verdaderamente la incidencia de la prueba ante el temor de que la información tuviese un efecto disuasorio).

En cuanto a los sujetos pasivos, y, en particular, en los que se refiere al investigado, hace referencia al régimen jurídico antes y después de la reforma de la LO 13/2015. Critica, con razón, la reforma de la obtención de la muestra de ADN en la sede de los detenidos, de manera que pudiera pensarse que sólo se pueda practicar cuando el sujeto ha sido detenido, con el consiguiente peligro de que se generalice la práctica de las detenciones. Además, la práctica de la prueba de ADN requiere de unos indicios delictivos, y de la valoración del principio de proporcionalidad.

Como bien dice la autora, se trata de una norma que pretende regular la actividad policial, dado que, antes de la reforma de la LO 13/2015, no se reconocía la asistencia letrada desde el inicio de la detención, y que, en la práctica, sólo se proporcionaban unos formularios del consentimiento informado generales.

El régimen de la toma de la muestra del ADN cambió con la LO 13/2015, a partir de la cual se puede emplear la *vis* física: como dice la autora, que el artículo 520.6.c) LECrim sólo recoja el frotis bucal hace complicado el empleo de la fuerza física. Esta previsión hizo devenir vacía de contenido el art. 129 bis CP, que se aplicaba en caso de condenados a determinados delitos.

Añade la autora unas consideraciones en las que no estamos de acuerdo: de acuerdo con los borradores de 2011, y de 2013, esta prueba podría practicarse también en las fases posteriores del procedimiento, incluida la probatoria, si concurren los elementos que permitan autorizarla.

Otra opinión posible en este punto, alcanzable gracias a las reflexiones del libro, es que la instrucción debe proveer de todo el acervo probatorio: se debe llegar en esta fase a la convicción de que debe dirigirse contra determinada persona el proceso, y con indicios suficientes para su condena, si se deriva así de la práctica de la prueba. Si se ha llegado a esta consideración sin la prueba de ADN, no se podrá practicar después. Lo que sería deseable, es que las instrucciones no fuesen el solo acúmulo de diligencias de investigación, sino una investigación de la que se extraiga una conclusión racional, lo cual no sucede en la práctica.

En cuanto a terceras personas, deben necesariamente dar su consentimiento. En cuanto a la víctima, la doctrina que está a favor de la *vis* física lo está por estos dos motivos: deber de colaborar con la Justicia; el derecho a la defensa del acusado, que, de otro modo, puede ser vulnerado. La autora se opone y, en cuanto a nuestra postura, cuando el delito sea semipúblico, habrá de entenderse que la negativa a no someterse a la prueba como una retirada de la denuncia, de manera que decaería la acción penal.

En lo referente a la investigación de la paternidad, pondremos de manifiesto que, tal y como dice la autora, se trata de un proceso especial de corte inquisitivo y que, a pesar de que, teóricamente, debe prevalecer la verdad formal, sin embargo está de acuerdo con la configuración de la prueba de la ADN como una carga y, por tanto, que perjudique a aquél que tenía la carga de probar. Nos parece la postura más razonable y más técnica desde el punto de vista jurídico, toda vez que la prueba del ADN no es más que un estudio de probabilidades.

Por supuesto, la autora trata de los supuestos de muerte; incineración; y la alegación de la *exceptio plurium concubentium*. Plantea todas las dificultades que puedan surgir en la práctica de la toma de las muestras de ADN.

En el capítulo IV, se traza una guía sobre todas las vicisitudes del análisis del ADN como prueba en el proceso desde su recogida hasta la exposición de los resultados en el juicio. Presta especiales consideraciones a la cadena de custodia y, en este sentido, critica la práctica de enviar la muestra por medio de mensajería privada, y no por agentes de la autoridad pública, hecho que desconocíamos y que nos ha llamado tanto la atención como irritado: desde una perspectiva jurídica, debería conducir a la pérdida de eficacia probatoria de los análisis de ADN.

Es un capítulo que, en esencia, instruye a los abogados a enfrentarse a la prueba de ADN, a relativizar sus resultados; a construir una versión alternativa; y a ponderar la posible existencia de contaminaciones, transferencias o de ruptura de la cadena de custodia.

La autora ha destacado la cadena de custodia o, más bien, su ruptura. No se regula en ningún modo, sino que hace referencia a ella en el art. 326 LECrim. Para la autora, no sólo debería regularse, sino que debería haber un formulario uniforme

de la cadena de custodia, a fin de que sea fácilmente reconocible. La ruptura de la cadena de custodia, aclara la autora, no significa que la prueba sea ilícita o nula, sino que afecta a su eficacia y valor probatorio.

La autora no sólo señala que es una prueba nula y prohibida, sino las teorías que llevan a tener por subsanadas las irregularidades en la obtención de las pruebas. En cuanto a la prueba del ADN, proporciona el ejemplo del cotejo con perfiles genéticos que deberían estar cancelados: en ese sentido, propone que sea el Ministerio Fiscal el encargado de promover su cancelación.

Pone claramente de manifiesto que la prueba de ADN es indiciaria y probabilística, y, además, tal y como ha referido, sometida a unos requisitos en su obtención y elaboración bastante rigurosos. Todo ello para defender, como efectivamente hace, que la prueba de ADN debe ser sólo de corroboración, y nunca la prueba principal.

En el punto de valoración de la prueba, la autora propugna la adopción del “Teorema de Bayes”, lo cual, dicho sea la verdad, no parece viable, toda vez que se trata de un cálculo matemático aplicado a un proceso judicial y, por tanto, lejos de la íntima convicción que se le exige a un juez, y, muy posiblemente, alejado de la comprensión y manejo de los operadores jurídicos.

En el último capítulo, el V, pone el acento en la transmisión de los perfiles de ADN, y su previa obtención y almacenamiento, remarcando especialmente la cooperación penal internacional. A pesar de que se ocupa de las garantías de la obtención y almacenamiento del ADN, nosotros comentaremos primero que, a propósito de la cooperación judicial internacional, la falta de homogeneidad de esas garantías (no paliada por las diversas normativas de la UE), pone en entredicho el buen término de la cooperación penal internacional, en la medida que no puede admitirse su licitud como prueba ante la falta de garantías.

Respecto a esas garantías, la autora analiza la LO 10/2007, de 8 de octubre, que las regula en el caso español. Destacaremos que, como sujetos pasivos de la inscripción aparecen los sospechosos y aquellos que presten su consentimiento. Como bien dice, la calificación de “sospechoso” es meramente policial, y el consentimiento no es un título jurídico válido para la inscripción que, sin embargo, no veta la UE (Directiva 2016/680).

La misma autora, a pesar de que todas las críticas que la inclusión de los sospechosos pueda suscitar, indica que la reforma de 2015 de la LECrim respecto a la asistencia letrada, llevará a que se reduzcan el número de inscripciones e, incluso, a que no se lleguen a producir. En cuanto al consentimiento, recalca que esta previsión estaría enfocada a la investigación criminal y a descartar a las personas del entorno de la víctima.

De esta manera, la cooperación penal internacional no podría verificarse con países en los que se permitiese la inclusión de los perfiles genéticos como resultado de los análisis genéticos masivos o *mass screenings*, por ejemplo.

Otro de los puntos en los que la autora centra su interés es el tiempo de cancelación de los perfiles genéticos en la base de datos. En España existen ciertas deficiencias en relación con este punto, ya que por ejemplo se dispone que sea el de

la prescripción de los delitos para los sospechosos, plazo que resulta en este caso particularmente excesivo, sobre todo si se tiene en cuenta que han de ser cancelados con carácter prácticamente inmediato los datos de los investigados sobre los cuales se dicta el sobreseimiento libre. El sobreseimiento libre se trata de una resolución poco, o nada, utilizada.

Según la autora, deberían diferenciarse bien las personas, plazos, y la cancelación, y ser el propio juez el que se pronunciase expresamente. Además, la cancelación debería ser de oficio. Como sucede en el caso anterior, no se podría aceptar como lícita la prueba genética almacenada en un país extranjero por un período excesivo.

Para la autora, cuando de la cooperación penal internacional se trata, el principio del *forum regit actum* debe ser flexible en el sentido de que debe aplicarse la legislación del Estado más garantista. ¿Quién decide cuál es el Estado más garantista?, nos hemos de preguntar. En segundo lugar, ¿quién aplicará la legislación de un Estado tercero en el propio? Entendemos la opinión de la autora, y la compartimos, pero se nos escapa cómo se aplicará en la práctica.

Por razones de espacio, hemos de rematar esta recensión con las reflexiones finales de la autora, entre las que destacaremos las siguientes:

1. La autora entendería el análisis al ADN codificante a falta de más pruebas, y previa habilitación judicial.
2. Se muestra partidaria de atribuir la paternidad al quien se niega a someterse a un test de ADN, toda vez que la prueba es inocua para la salud, disponible y fácil. Y ello en atención al interés superior del menor.
3. Recuerda que la prueba de ADN no tiene, en ningún caso, carácter absoluto, sino que simplemente sitúa a la persona en el lugar de los hechos. Por tal motivo, es conveniente que la defensa ofrezca una versión alternativa de los hechos, y no que se limite a negar la acusación.
4. Por último, advierte de los peligros de las bases de datos genéticos con fines de salud, implementados en determinados países, ya que comportaría discriminación.

Entiende la autora que, si bien el ADN proporciona un dato estadístico cierto, es al Derecho, entendido en mayúsculas, al que le corresponde determinar lo justo, lo bueno y lo humano.

No sé si esto puede ser así, y el Derecho, como otras tantas disciplinas estén ya irreversiblemente viciadas de la impersonalidad imperante, pero de lo que sí estamos seguros es de que el libro de la Dra. María Victoria Álvarez Buján contribuirá, con rigor y brillantez, a tales fines.