

TEMAS

# La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia

Una visión práctica y crítica

Manuel-Jesús Dolz Lago

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

# La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia

Una visión práctica y crítica

Manuel-Jesús Dolz Lago



Wolters Kluwer

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

© Manuel-Jesús Dolz Lago, 2016

© 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@wke.es](mailto:clientes@wke.es)

<http://www.wolterskluwer.es>

Edición: mayo 2016

Depósito legal: M-10738-2016

I.S.B.N.: 978-84-9020-507-5 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-9020-508-2 (digital)

© **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](http://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.

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

Printed in Spain

# **LA PRUEBA PENAL DE ADN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA**

**UNA VISIÓN PRÁCTICA Y CRÍTICA**

Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago  
*Fiscal del Tribunal Supremo*



En otras palabras, de esta forma, la libertad valorativa se constituye en un principio que trasciende el subjetivismo irracional, predicándose especialmente para la exclusión de esas limitaciones del juzgador que le impidan formar libremente su convicción íntima, ya que, difícilmente puede elaborarse esa íntima convicción si se carece de los instrumentos necesarios (conocimientos científicos) para analizar la prueba científica<sup>(95)</sup>.

Estos planteamientos no nos llevan a abrazar con acrítica consideración la prueba científica, de forma que la elevemos a categoría de prueba tasada, ya que somos conscientes, como afirma PÉREZ (2010, 32) que *«creer acríticamente en resultados científicos denotaría precisamente una actitud poco científica si tales resultados no fueran acompañados por la exteriorización de los métodos utilizados para su consecución (o para su eventual reiteración)»*<sup>(96)</sup>.

Veamos a continuación la evolución valorativa de la pericial derivada de los Laboratorios oficiales, de gran importancia en los informes de ADN.

#### **a) Valor inicial como simple pericial: consecuencias.**

Los informes periciales de los laboratorios oficiales, al considerarse en principio como una prueba pericial<sup>(97)</sup>, personal y no documental, sometida a la regulación de los arts. 456 y ss. y 723 a 725 de la LECrim, sin que le fueran de aplicación los arts. 726 y concordantes reguladores de la prueba documental, la jurisprudencia exigía que los peritos debieran de comparecer en el juicio oral para ratificar la pericia realizada en el sumario conforme a

---

(95) En este sentido, TARUFFO, *La prueba...* ob. cit. pág. 295 después de insistir que el juez debe controlar, sustancialmente, el carácter científico y la validez de los métodos con los que se ha realizado la prueba, afirma: *«(...) la valoración de la prueba científica es una actividad que trasciende al sentido común, requiriendo del juez la capacidad de "conocer la ciencia" para realizar apropiadamente su función judicial. Claro está que sería absurdo pretender que el juez sea omnisciente, pero parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas»*.

(96) PÉREZ GIL, *El conocimiento...*, ob. cit. pág. 32 recuerda que el conocimiento científico por su alta tasa de credibilidad raya en ocasiones la certeza absoluta, pero también advierte que *«ello pudiera conducirnos a la conclusión de que, de facto, aquello que se soporta sobre la científicidad de un método pudiere haber alcanzado el valor de una prueba impenetrable a la libre valoración judicial y, con ello, revivir la existencia de un convencimiento basado en fenómenos extraprocesales (ordalías) o deslizar subrepticamente pruebas que alcanzan una valoración tasada de facto»*.

(97) Recuérdese que el art. 456 LECrim define a la prueba pericial en los siguientes términos: *«El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos»*. Por el contrario, la LECrim no recoge un concepto legal de documento.

los arts. 723 y 725 de la LECrim, salvo los casos de imposible reproducción previstos en el art. 730 de la misma Ley (SSTS 20 noviembre 1987, 19 abril 1988 y 6 febrero 1989).

## **b) Su mayor reconocimiento jurisprudencial: hacia la documental.**

La jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS, ante las periciales emitidas por laboratorios oficiales, fijó en los años 80 y 90 los presupuestos de la reforma legislativa del año 2002, otorgando mayor valoración a estas pruebas a través de su conceptualización como documentos cuando los peritos no habían ratificado estos dictámenes en el juicio oral.

La no ratificación en el plenario podía poner en entredicho principios básicos de la prueba penal como el de su práctica en el juicio oral, salvo casos excepcionales<sup>(98)</sup>, intermediación, oralidad y contradicción. De ahí, que el mayor reconocimiento jurisprudencial a los informes emitidos por Laboratorios oficiales tuvo que partir del respeto a este marco de principios garantistas del proceso probatorio.

Como indica la doctrina<sup>(99)</sup>, comentando la valoración de los informes dactiloscópicos, la jurisprudencia resalta la necesidad de respetar el principio de contradicción en esta valoración. Ahora bien, la Sala 2.<sup>a</sup> del TS ha interpretado el cumplimiento de este principio a través de los siguientes hitos: 1.º, siguió un criterio diferenciador en el tratamiento de los informes periciales según cual sea el órgano o gabinete (central o periférico) del que emanan<sup>(100)</sup>; 2.º se consideraron los informes como prueba documental en su contenido objetivo y técnico y no el derivado de la percepción sensorial del

(98) Admitidos tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Supremo, en casos de prueba anticipada (cfr. arts. 448 y 449 para la testifical de imposible realización en el juicio oral) y preconstituida (cfr. datos objetivos del atestado de imposible realización en el juicio oral). Véase, v.gr. sobre el atestado policial STCo. 100/1985, 3 octubre y STS —2.ª— 23 enero 1987. Sobre la diferenciación entre prueba anticipada y prueba preconstituida, la doctrina y la jurisprudencia no expresan criterios claros, siendo uno de los criterios aquél que entiende que la prueba anticipada se hace ante el juez instructor y la preconstituida ante el órgano de enjuiciamiento. En todo caso, son pruebas sumariales realizadas con todas las garantías procesales que tienen eficacia en el plenario aunque no se verifiquen en las sesiones del juicio oral, teniendo entrada en el mismo por la vía del art. 730 LECrim.

(99) DIEGO DÍEZ, «Sobre la ratificación...», ob. cit. a quien seguimos en esta exposición para situar los antecedentes jurisprudenciales de las décadas de los años 80 y 90.

(100) ATS 26 enero 1989 (Moyna), el cual explica la línea jurisprudencial que excusa ratificar los informes elaborados por el Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de Policía pero no así los emitidos por organismos de ámbito territorial más reducido. Este criterio se desveló sin una fundamentación jurídica sólida al depender de la ubicación territorial del laboratorio.

perito, que no es necesario reproducir en juicio integrándose en el acervo probatorio a través del art. 726 LECrim, sin perjuicio del derecho de la defensa de solicitar la comparecencia de los peritos<sup>(101)</sup> y 3.º, se ha acudido a la ficción de entender que, en ciertos casos, el silencio de la defensa frente a un dictamen que le es desfavorable supone la aceptación tácita de su contenido<sup>(102)</sup>.

A este análisis, hay que añadir el tratamiento que la Sala 2.ª ha dado a la impugnación de estas periciales, que veremos después.

Esa línea jurisprudencial tuvo su refrendo en el Tribunal Constitucional, quien respecto a la prueba pericial consistente en un informe del Instituto Nacional de Toxicología decía en STC 127/1990 (FJ 4.º), *«de conformidad con los arts. 726 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueden ser tomados en consideración (como pruebas) informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para su interrogatorio personal, cuando, como ocurre en el presente caso, el informe fue sometido a contradicción en el acto del juicio, versando sobre él la prueba pericial que con tal finalidad se propuso»*.

En igual sentido, la STC 24/1991, de 11 noviembre (FJ 3), aun reconociendo que no se trata de prueba documental, sino documentada, admite que pueda recibir el mismo tratamiento de aquélla *«no haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto prueba documentada, que no documental, el órgano judicial, tal como estatuye el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya*

---

(101) STS —2.ª— 23-2-1989 (FJ2) (Bacigalupo), para velar por el principio de contradicción de la defensa, afirma *«Para contradecir las conclusiones del informe, la defensa tiene que demostrar, como es obvio, que todo el documento es falso o bien que dichas conclusiones se apoyan en menos coincidencias que las científicamente exigidas o, en todo caso, que las semejanzas de las huellas no son tales. Si el informe no se basa en hechos falsos, las partes disponen, por lo tanto, en el documento mismo de todos los elementos necesarios para la contradicción de sus conclusiones»*. Con cita STS —2.ª— 7 noviembre 1997 (Soto)

(102) Según SSTS —2.ª— 31-3-1989 (García), 24-6-1991 (Delgado), 15-2-1993 (García), 25-10-1993 (de Vega), Recogiendo la anterior jurisprudencia, la STS —2.ª— 5 noviembre 1997 (FJ 3) (Puerta), afirma *«Cuando en la causa existe este tipo de informes, emitidos por técnicos competentes de organismos oficiales y la defensa de los acusados ha podido examinarlos al formular sus escritos de defensa, sin hacer luego propuesta de pruebas complementarias, alternativas o contradictorias, ni pedir la presencia en el juicio oral de los técnicos que emitieron los informes de referencia, ha de presumirse que tales informes fueron tácitamente admitidos por la defensa»*. En el mismo sentido, STS —2.ª— 21-9-1998 (Ramos).

*examinado "por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad"».*

También, en el FJ 1.º del ATC 19/1997 y FJ 2.º del ATC 326/1997, se dice *«pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa del juicio que se basan en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permite su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para ser interrogados personalmente»*<sup>(103)</sup>.

En cuanto al valor que se ha dado a las impugnaciones<sup>(104)</sup>, siguiendo lo resumido en la Instrucción 7/2004, de 26 noviembre, de la FGE<sup>(105)</sup>, cabe decir que:

Cuando la defensa impugna expresamente el informe pericial, surge renovada la necesidad de citar a los peritos para que acudan al juicio oral y se sometan al interrogatorio cruzado de las partes. El Acuerdo de Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 21 de mayo de 1999 estableció que *«siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio»*<sup>(106)</sup>. El Acuerdo del Pleno de fecha 23 de febrero de 2001 ratificó esta interpretación.

En todo caso, debe recordarse que la operatividad de la impugnación está sometida a requisitos: ha de respetar la buena fe procesal (SSTS 1520/2003, de 17 noviembre, 1153/2003, de 15 septiembre). La impugnación ha de realizarse a más tardar en el escrito de calificación provisional, y así *«cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita»* (SSTS 652/2001, de 16 de abril y 585/2003, de 16 abril). En este mismo sentido la impugnación no será eficaz cuando *«...se realiza de forma manifiestamente extemporánea, cuando ya ha transcurrido*

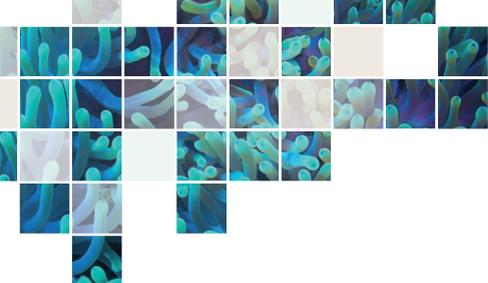
(103) Según recuerdan LÓPEZ-CASTILLO y DÍAZ CABIALE, «La conversión...», ob. cit.

(104) Ver VARGAS CABRERA, «Dictámenes periciales...», ob. cit.

(105) Sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de los informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública.

(106) Este acuerdo ratifica la doctrina establecida en las SSTS de 2 de febrero de 1994, 18 diciembre 1997 y 29 diciembre 1997. Fue aplicado por la SSTS de 10 junio 1999, 16 de julio 2001 y 3 diciembre 2002. Ver ÍÑIGO CORROZA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos...*, ob. cit.





La prueba penal de ADN se ha valorado por los Tribunales desde 1985. Inicialmente, en Inglaterra, primer país que la consideró decisiva en el asunto *Queen vs. Pitchfork*; con posterioridad, por nuestros Tribunales. En 1992, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español se pronuncia por primera vez sobre la misma.

Esta prueba no sólo debe considerarse un paradigma de las pruebas científicas, sino también como paradigma de las pruebas penales respetuosas con los derechos fundamentales. Permite la progresiva erradicación de métodos de investigación anclados en sistemas inquisitivos, ya históricamente superados, pero que perviven de una manera u otra, como el uso ilegal, expreso o implícito, de la tortura con objeto de obtener la confesión del reo. Puede ser calificada de prueba neutra, ya que posibilita tanto la absolución como la condena del investigado. De forma que su perfil no es netamente incriminatorio, como lo demuestran los casos de revisión de condenas que han prosperado en base a esta prueba.

Conocer críticamente cómo ha interpretado la Sala Segunda del Tribunal Supremo desde el año 1992 hasta nuestros días esta prueba, con sus vaivenes y a través de una jurisprudencia perfectible e inacabada, resulta esencial para cualquier penalista. Y vital para la efectiva protección de los derechos tanto de los investigados como de las víctimas.

En la presente obra, por primera vez en la literatura jurídica española, se ofrece al lector un instrumento práctico y útil para este conocimiento jurisprudencial, no exento de reflexiones teóricas para comprenderla adecuadamente, siendo su autor fiscal del Tribunal Supremo y primer vocal coordinador del grupo jurídico-bioético de la Comisión Nacional del Uso Forense del ADN constituida en el año 2009.



ISBN: 978-84-9020-507-5



9 788490 205075



3652627352