LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO COMPARADO

LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

AUTORES: Sonia Margarita Barcia Rodríguez[1]

Luis Oliverio Cañarte Mantuano[2]

Flor Alicia Macias Cruzatty[3]

Alejandro Xavier Zambrano Ruperti[4]

DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: sonia_barciap@hotmail.com

Fecha de recepción: 16-08-2018

Fecha de aceptación: 11-10-2018

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar desde la perspectiva del derecho comparado la prueba de Ácido Desoxibonucleico (ADN) en el proceso penal de diversos ordenamientos jurídicos. El metodo de investigación es documental bibliográfico, contrastándose las posturas de autores claves en la jurisprudencia de: México, España, Brasil, Eslovenia, Estonia, entre otros países. Se puede concluir que la prueba de ADN es fundamental en el proceso y acto jurídico de naturaleza penal. Sin embargo, no existe un consenso unánime en validar la prueba indirecta y los métodos invasivos y no invasivos.

PALABRAS CLAVE: Material genético de identificación en el proceso penal; derecho comparado; prueba directa e indirecta de ADN; procedimiento invasivo y no invasivo de extracción de muestras.

THE DNA TEST IN THE CRIMINAL PROCEDURE ACCORDING TO THE LEGAL

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the Deoxyribonucleic Acid (DNA) test in the criminal process of various legal systems from the perspective of comparative law. The research method is bibliographic documentary, contrasting the positions of key authors in the jurisprudence of: Mexico, Spain, Brazil, Slovenia, Estonia, among other countries. It can be concluded that the DNA test is fundamental in the process and legal act of a criminal nature. However, there is no unanimous consensus in validating indirect test and invasive and non-invasive methods.

KEYWORDS: Genetic identification material in the criminal process; comparative law; direct and indirect DNA test; invasive and non-invasive procedure of extraction of samples.

[1] Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador.
[2] Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador. E-mail: luiscanartemantuano@gmail.com
[3] Profesora Titular de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador. E-mail: falimacruz@hotmail.com
[4] Estudiante de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador. E-mail: mantensepuro@hotmail.com

© Centro de Investigación y Desarrollo. Universidad Regional Autónoma de Los Andes - Extensión Santo Domingo. Ecuador.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar desde la perspectiva de lo que se denomina derecho comparado una prueba de uso común en el orbe. En particular se analiza la prueba Ácido Desoxibonucleico, mejor conocido como ADN, y lo que refiere la recolección directa e indirecta de material genético de identificación de una persona que cometió un delito.

El método de investigación es documental bibliográfico, contrastándose las posturas de autores relevantes en la temática. Se tomaron en cuenta los ordenamientos jurídicos de: Reino de Bélgica, Brasil, España, México, Brasil, Eslovenia y Estonia.

Para introducir el tema se debe comentar. El jurista chileno Dr. Victorio Pescio[5], al referirse a la importancia de la prueba, cita a Planiol y Ripert, quienes expresaron que: "Un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del que se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil: idem est non esse aut non probari. El citado principio romano idem est non esse aut non probari, es decir, «es lo mismo no existir si no es probado», determina de forma pétrea e intangible la importancia de la prueba.

De acuerdo a lo expuesto, la prueba ilícita se produce cuando en su obtención se infringe el derecho material o un principio constitucional, como ocurriría, por ejemplo, con la práctica de tortura para conseguir información. Pero además es destacable que también hay prueba ilícita, la cual es aquella prueba lícita que deriva de otra ilícita, lo que se conoce como la teoría de los frutos del árbol envenenado.

El criminalista mexicano Dr. José Adolfo Reyes Calderón, en su Tratado de Criminología, define al Ácido Desoxirribonucleico (ADN) como: "El material básico y fundamental de los cromosomas, el cual lleva el código genético que determina nuestras características individuales. Su estructura química es diferente en cada persona"[6].

Resulta vital aclarar la diferencia entre vestigios, indicios y evidencias, conceptos diversos que son esenciales para comprobar la materialidad del delito. Destacando que en esta materia, el perito criminal de la Policía Civil del Distrito Federal de Brasil, Alberí Espíndola, quien expresa que al examinar la escena los peritos buscan todas los elementos que puedan estar relacionados con el hecho. Eso elementos se denominan vestigios. Ahora "Cuando los peritos llegan a la conclusión que determinado vestigio está relacionado al evento peritado, éste deja de ser un vestigio y pasa a denominarse evidencia"[7]. Por otra parte la evidencia implica la calidad de eso que es obvio, que es incontestable, que se puede verificar. "Desde el punto de vista de la criminalística, la evidencia es el vestigio analizado y depurado, tornándose un elemento de prueba por sí o en su conjunto, para ser utilizado en el esclarecimiento de los hechos"[8]. Por otro lado, el vestigio es el material en "bruto" constatado y/o recogido en el lugar del delito. Las dos nomenclaturas – vestigios y evidencias, son utilizadas técnicamente en el ámbito de la pericia, tomando tales informaciones la denominación de indicios.

En el primer apartado del artículo se abordará todo lo relacionado a la prueba de ADN en materia penal, partiendo de su concepto. En el segundo lo que corresponde a las clases o tipos de ADN

[5] Pescio, Victorio. Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile., 1978, pág. 315
[6] Reyes, José. Tratado de Criminología, 2005, págs. 684 - 685.
[7] Espíndola, Alberti. Curso de Preservación del Lugar del Delito, 2009, págs. 4.
[8] Espíndola, Alberti. Curso de Preservación del Lugar del Delito, 2009, págs. 5.

(nuclear y el mitocondrial) y su importancia en el proceso penal. En tercer término se analiza la confrontación del material genético indiciario con los fluidos corporales del acusado. En cuarto término se analiza las formas de obtención de ADN. En quinto lugar se aborda la intervención corporal en la obtención de muestras de Ácido Desoxirribonucleico o ADN, procedimientos invasivos, no invasivos e indirectos dilucidando sobre todo sobre la negativa del consentimiento por parte del sospechoso a donar una muestra con la que comparar el resultado del análisis del indicio. Finalizando con los comentarios finales de la investigación.

1. La prueba de ADN en materia penal

De conformidad a lo expuesto por Reyes[9], la resolución de delitos mediante la utilización de los exámenes de ácido desoxirribonucleico (ADN) ha traído un considerable progreso en materia de investigación penal, pero ello es posible cuando se comparan los perfiles genéticos obtenidos en los vestigios, evidencias o indicios recolectados de la víctima o del victimario en la escena del crimen, pero esta comparación solo es posible cuando existe un banco de datos de ADN o el supuesto autor del delito se somete voluntariamente a un examen de ADN, razón por la cual, si se carece de un banco de datos de ADN, no se encuentra al autor del delito o, simplemente, este se opone a que se le efectúe el examen de ADN, será imposible condenar al autor del delito, salvo que existan otras pruebas en el lugar de los hechos, como las huellas dactilares, lo que es un absurdo.

En consecuencia, no existiendo unanimidad, aún, en generalizar el uso de los registros de ADN como requisito esencial de la identificación personal, en la actualidad surgen problemas ético-legales en la investigación criminal por medio del análisis del ADN los cuales están relacionados, básicamente a la negativa del consentimiento por parte del sospechoso a donar una muestra con la que comparar el resultado del análisis del indicio. Por esto se hace vital la puesta en marcha de bancos de datos genéticos (BDG) para facilitar la investigación criminal.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, estamos frente a una prueba indubitable, de acuerdo a lo que expresa Gascón, cuando afirma: "La importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver muchos casos que serían difíciles de aclarar por los procedimientos de investigación convencionales y en la elevadísima fiabilidad de sus resultados[10]

Al respecto expresan De Barros y Pereira, en su artículo El ADN y su utilización como prueba en el proceso penal: "El examen de ADN se ha constituido en una de las formas de prueba más seguras, porque no está sujeta a la falibilidad de la memoria y de la percepción humana ni a otros vicios que se encuentran en la formación de documentos de cualquier naturaleza"[11]. Ahora bien y agregan "Sin embargo, el Estado tiene el poder deber de buscar la verdad real para que se realice la justicia penal"[12].

Los juristas brasileños claramente expresan que en la aplicación de este examen debe preservarse el interés de mayor relevancia para la sociedad, no siendo unánime el criterio respecto de los intereses que deben prevalecer, pero, analizada la legislación comparada predomina el interés de la sociedad por sobre el del victimario, como ocurre, por ejemplo: en la República de Eslovenia,

[9]José. Tratado de Criminología, 2005, págs. 684 - 685.
[10] Gascón, Marina. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN, 2007, pág. 3.
[11] De Barros, Mauricio y otros. El ADN y su utilización como prueba en el proceso penal, 2008, págs. 20 - 21.
[12] De Barros, Mauricio y otros. El ADN y su utilización como prueba en el proceso penal, 2008, págs. 20 - 21.

el actual artículo 149 del Código de Proceso Penal establece que la policía puede recoger muestras de saliva de una persona, cuando hubiere motivos razonables para acreditar la participación culpable y penada por la ley del autor del delito;

Por otra parte en la República de Estonia todo acusado o condenado por un delito en que se haya usado la violencia que esté penado con una pena de prisión de al menos dos años, está obligado a registrar sus huellas dactilares o una muestra de su ADN para fines de detección y prevención de delitos. Todos los países mencionados, a los que se añaden varios, cuentan con las bases de datos existentes en los respectivos Institutos Forenses.

2. Clases de ADN y su importancia para el proceso penal

El ADN se divide en nuclear y el mitocondrial, destacando que frente a un indicio determinado se diferencian notablemente. A través de los cabellos encontrados en el lugar de los hechos o en el cuerpo de la víctima se puede identificar a un delincuente, pero los cabellos o pelos han de ser arrancados y no cortados, en este caso opera el ADN nuclear. Un pelo cortado sin raíz, solo posee un tipo de ADN, denominado ADN mitocondrial, que se hereda de madres a hijos, mediante el cual un individuo es idéntico en todos los parientes que comparten linaje materno.

De acuerdo a lo que expresa Alonso, el ADN nuclear determina la herencia compartida de los padres, cuando expresa: "El ADN nuclear representa el 99 por 100 del contenido de ADN celular total […] El ADN mitocondrial se hereda…de madres a hijos. Es decir, que este tipo de ADN más que perfiles individuales permite identificar linajes maternos"[13].

El ADN nuclear se encuentra en el núcleo de la célula y es el más utilizado para realizar pruebas de paternidad o para identificar una persona. Cada célula contiene un núcleo y en él se encuentran todos los cromosomas de la señalada persona que contienen el ADN, por lo general, la inmensa mayoría de los seres humanos tienen 46 cromosomas.

Ambos tipos de ADN son importantes en materia de prueba, porque mediante el ADN nuclear de identifica a los autores y cómplices de un delito, y, respecto del ADN mitocondrial se ha logrado, principalmente, identificar personas desaparecidas, como ocurrió con los hijos y nietos de las madres y abuelas, respectivamente de la Plaza de Mayo, desaparecidos durante la dictadura militar de Argentina que gobernó dicho país entre los años 1976 – 1983.

Respecto de la determinación de la identidad genética de una persona, importante es lo que expresa el Dr. Sergio Junho, en su obra Seguridad Pública, determinación de la identidad genética por el ADN, cuando expresa:

La determinación de la identidad genética por ADN puede ser usada para demostrar la culpabilidad de los criminanes, exonerar a los inocentes, identificar cuerpos y restos humanos en desastres aéreos y campos de batalla, determinar la paternidad con confiabilidad prácticamente absoluta, dilucidar cambios de bebês desde sus cunas y detectar sustituciones y errores de rotulaciòn en laboratorios de patología clínica[14]

El examen de ADN, de acuerdo a lo expuesto, demuestra con perfecta precisión la confirmación o no, de la autoría de ciertos delitos, siendo un medio de prueba eficaz para el descubrimiento de la verdad en el proceso penal, destacando que la extracción de fluidos corporales acontece,

[13] Alonso, Antonio. Conceptos básicos de ADN forense, 2004, págs. 1862 y 1864.
[14] Junho, Sergio. Seminarios Temáticos para la 3ª Conferencia Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, 2005, págs. 447 - 460.

generalmente, cuando se carece de banco de datos, razón por la cual el mejor camino para la validez de esta prueba científica es un banco de datos genéticos, como ocurre en la mayoría de los países del mundo. Como ocurre en Estados Unidos de América, Inglaterra y Australia, destacando muy especialmente lo que ocurre en Australia en donde a todo infante que nace en territorio australiano se le archiva su registro de ADN, presuponiendo, la posibilidad que en el futuro cometa algún ilícito, prevaleciendo, anticipadamente, el interés superior de la comunidad.

3. Confrontación del material genético indiciario con los fluidos corporales del acusado

Es importante es destacar lo vital que resulta la recolección de muestras biológicas en el lugar donde se comete el delito. Al respecto Bezerra[15], expresa:

Las muestras biológicas más comunes encontradas en la escena del crimen son: Sangre: uno de los vestigios más encontrados, que puede estar en forma líquida, coagulada o seca, adherida en diferentes soportes (paredes, pisos, ropas, personas, muebles, etc.); Semen; líquido o seco, generalmente en las prendas íntimas de la víctima, en la ropa de cama, etc. Cabellos: aislado o en mechones en las manos de la víctima, en la cama, en cepillo de pelo, gorras, etc. Saliva: Líquida o seca, en pañuelos, cigarrillos, vasos, goma de mascar, etc.

Pero además de las mencionadas también constituyen muestras biológicas la orina, el material fecal, la placenta, los huesos y otras secreciones o tejidos biológicos. Muestras todas que, conjuntamente las muestras tomadas del cuerpo de la víctima, ingresan, mediante los procedimientos determinados para la recolecciòn y conservación de las mismas a la cadena de custodia.

4. Sobre las formas de obtención del ADN

Son diversas las formas de obtención del ADN. A continuación se detallan:

Sangre: Tanto en estado fresco o en casos de manchas se trata de la muestra que se analiza con mayor frecuencia. El ADN se extrae de los glóbulos blancos…. La muestra debe enfriarse o congelarse, según cuándo piensa efectuarse el análisis .., el factor que más influye en el éxito de la prueba no es el tamaño ni la antigüedad, sino la conservación de manera correcta... 2. Semen: es la muestra que se utiliza con mayor frecuencia en este tipo de exámenes. El ADN se extrae de la cabeza de los espermatozoides. 3. Cabellos: lamentablemente, el examen solamente puede efectuarse cuando hay raíces del cabello, pues el pelo en sí es un tejido muerto que no sirve para el examen. 4. Otros Tejidos: En principio, no hay mayores inconvenientes en que se obtengan muestras de cadáveres o de materia fetal. El éxito del examen depende del estado de descomposición del cuerpo, por lo tanto, importa tener en cuenta factores tales como el tiempo transcurrido desde el fallecimiento, la temperatura, etc. En general, podemos decir que se puede extraer como muestra para la prueba de ADN cualquier tipo de tejido del cuerpo humano o de cualquier organismo vivo, puesto que el ADN está contenido en los cromosomas de toda cédula[16].

Las autoras explican la forma cómo se extrae el ADN de los fluidos corporales por parte de quienes extraen las muestras, las conservan y obtienen el ADN que será confrontado con el de los sospechosos, acusados o procesados a quienes se investiga como autores del delito.

[15] Bezerra, Carlos. 2004**.** Examen de ADN, recolección de muestras biológicas en el lugar del crimen, 2004, pág. 9.
[16] Gutiérrez, y otros. Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad, 1997, págs. 7 y 8.

5. Intervención corporal en la obtención de muestras de Ácido Desoxirribonucleico o ADN, procedimientos invasivos, no invasivos e indirectos

Los numerales vii y viii de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, es categórica al establecer los métodos de obtención de muestras biológicas, clasificándolos en procedimientos invasivos y no invasivos, cuando dispone, en su Art. 2:

Art. 2.- Términos empleados.- A los efectos de la presente Declaración, los términos utilizados tienen el siguiente significado:

vii) Procedimiento invasivo: método de obtención de muestras biológicas que implica la intrusión en el cuerpo humano, por ejemplo la extracción de una muestra de sangre con aguja y jeringa;

viii) Procedimiento no invasivo: método de obtenciòn de muestras biológicas que no implica intrusión en el cuerpo humano, por ejemplo los frotis bucales[17].

Asimismo en el literal C del Art. 8, dispone que para recolectar los datos genéticos humanos, sea o no invasivo el procedimiento utilizado debe prevalecer el consentimiento previo, libre e informado y expreso de la persona interesada, pero esta disposición internacional no es absoluta, porque la parte final de la misma disposición indica que sólo debería imponerse límites este principio del consentimiento por razones poderosas del derecho interno compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, como ocurre, por ejemplo, en el Reino de Bélgica, en donde la extracción compulsiva se puede aplicar por el sólo ministerio de la ley. Cuando se trate de un delito que tenga prevista una pena de cinco años de prisión u otra más grave, de acuerdo a lo que dispone la Ley de 22/03/1999 relativa al procedimiento de identificación por análisis de ADN en materia penal, del referido país[18].

Respecto de los procedimientos invasivos y no invasivos en la legislación, jurisprudencia, importante es es destacar lo que dice Ferreira, en su obra Pruebas Invasivas y No Invasivas en el Proceso Penal Brasileño, cuando expresa:

La doctrina italiana es unánime al señalar que la utilización de medios coercitivos para la producción de pruebas viola el derecho a defensa del acusado, lo que además implica un abuso de poder. En Italia, el examen de ADN solo puede ser realizado con expreso consentimiento del acusado, o con materiales que no dependan de la intervenciòn corporal, y si falta el consentimiento no podrá el juez extraer ninguna prueba que perjudique al acusado […] Solamente se admite la coerciòn en las pruevas invasivas, si el examen fuere indispensable para la constitución de la prueba y si al delito […] corresponde una pena de reclusiòn superior a tres años […] El acusado está obligado a proporcionar la prueba independientemente de su consentimiento, no operando el principio nemo tenetur se detegere en Alemania [principio de autoincriminación].[19]

A modo de corolario puede señalarse que la determinación de la identidad genética por el ADN es una técnica que supera a todas las técnicas preexistentes de medicina forense, inclusive sobre las impresiones digitales clásicas. El ADN puede ser encontrado en todos los fluidos y tejidos biológicos humanos.

[17] UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, 2003.
[18] Asamblea Nacional de la República de Portugal. Utilización de ADN en la investigación criminal, 2014, págs. 50.
[19] Ferreira, Érica. Pruebas Invasivas y No Invasivas en el Proceso Penal Brasileño. Rio de Janeiro, Brasil, 2009, págs. 15 y 17.

En cuanto a los procedimientos invasivos de intervención corporal es destacable es señalar que el Código Procesal Penal de la Nación Argentina, aprobado por Ley Nº 27.063 del año 2014, permite la extracción compulsiva de extracciones de sangre u otros análisis, cuando en su Art. 175, dispone

Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales al imputado o al presunto ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no existiere riesgo para la salud o dignidad del examinado. Si la persona que ha de ser objeto de examen, informada de sus derechos, consintiere en hacerlo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenará que se practique sin más trámite.

En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. El juez ordenará la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el párrafo primero de este artículo[20]

De acuerdo a la legislación argentina, en todo caso procede la extracción compulsiva de muestras biológicas cuando la persona no consintiere en hacerlo, razón por la cual el Ministerio Público solicita la correspondiente autorización judicial, debiendo ordenarse la extracción de sangre u otros análogos, siempre que no existiere riesgo para la salud o dignidad del examinado.

Los fundamentos de esta normativa obedecieron a la serie de violaciones a los derechos humanos de la dictadura militar y, en especial de la recuperaciòn de hijos y nietos de las organizaciones Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo, destacando que cuando se restauró la democracia en Argentina, en diciembre del año de 1983, se ordenó legalmente la extracción compulsiva de muestra biológicas en los casos de crimenes de lesa humanidad.

La definición existente en el numeral vii del Art. 2 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, respecto de “la intrusión compulsiva en el cuerpo humano”[21], ha sido desvirtuada por la jurisprudencia comparada, especialmente por la de Argentina, de acuerdo a lo que se señala en sentencia recaida en expediente Nº P-31-411/09 del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Argentina, donde se rechazó la nulidad de la extracción comulsiva de sangre en un caso de delito de lesa humanidad, cuando expresa:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha considerado que la extracción compulsiva de sangre no constituye una afectaciòn a los derechos fundamentales, tales como la vida, la salud o la integridad corporal, puesto que al sacar unos pocos centìmetros cúbicos de sangre, realizada por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona apenas una perturbación ínfina en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y de la persecución del crimen. También se ha afirmado que no puede ser apreciada como una pràctica cruel, humillante o degradante por tratarse de una intrervención médica de rutina que ocasiona una intromisiòn ínfima e inocua en el cuerpo […] Por ello, RESUELVO: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto […] y en consecuencia, con la aclaración que la medida de extracciòn de muestra adecuada para realizar el A.D.N. […]

[20] Congreso de la Nación Argentina. Código Procesal Penal de la Nación Argentina, 2014.
[21] UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, 2003.

siguiendo el criterio de menor ofensividad expuesto en autos, confirma la resolución de autos, sin costas[22].

La jurisprudencia invocada claramente deja de manifiesto su coincidencia con que el Derecho Penal tiene por finalidad esencial proteger los valores más importantes de las personas y de la sociedad en general, tales valores son denominados bienes jurídicos penales, entre los cuales se destacan: la vida, la libertad, la propiedad, la integridad física, la honra, entre otros de la víctima del delito, al punto de permitir la extracción compulsiva de sangre; como ocurrió en Argentina el año 2009 y ocurre en el mismo país con el Art. 174 vigente, del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

Igualmente, la jurisprudencia venezolana permite la extracción compulsiva de ADN según consta de Sentencia de Casación del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela de 11/06/2002, en el caso Kelvin Enrique Herrera y José Antonio Velásquez Rivas, Sent.279, Magistrado Ponente: Dr. Rafael Pérez Perdono, sin voto salvado, resolvió:

El Tribunal Superior de Justicia de la República de Venezuela desechó un alegato de ilicitud, por falta de consentimiento del examinado", expresando: Una de las Defensoras Técnicas de los acusados, impugna el fallo condenatorio, y entre sus alegatos, sostuvo que las experticias hematológicas, dactilares, tricológica y de comparación de apéndices pilosos tomadas del cuerpo de su defendido, se obtuvieron con violación de la garantía consagrada en el artículo 46, numeral 3, de la Constitución, por no haberse solicitado el consentimiento de su defendido, ni haber sido notificado su defensor. La otra Defensa Técnica - Defensora Pública Primera del Circuito Judicial Penal del estado Zulia - impugna también el dictamen […] y entre otras cosas alega que su defendido no manifestó su voluntad para la práctica de las pruebas que le fueron efectuadas, tampoco consta que la vida del mismo estuviera en peligro, como para efectuar dichas pruebas sin su consentimiento. A pesar de sendas impugnaciones, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dejó asentado que: "Estos exámenes por no representar riesgo alguno contra la vida o salud de las personas, y por cuanto los mismos pueden ser de innegable importancia para el esclarecimiento de la verdad que se investiga, podrán ser ordenados por el Ministerio Público en la fase de investigación del proceso, a fin de recabar los elementos que le permitan fundar su aseveración"[23]

En el caso transcrito, claramente determinó el Tribunal Superior de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela que no existió violencia o coacción, ni riesgo alguno contra la vida o salud de la persona de quien se obtuvo apéndices pilosos (cabellos con raíces) siendo lícita la orden del Ministerio Público para obtener esta muestra respecto de la cual se determinó que no hubo el señalado riesgo.

De conformidad a Informe de la Utilización del ADN en la Investigación Criminal, de la Dirección de Información Legislativa y Parlamentaria de la Asamblea Nacional de la República de Portugal, existe una serie de países que permiten la extracción compulsiva de muestras biológicas, de acuerdo a la tabla que se inserta y que contiene algunos países que la contemplan.

[22] Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Confirmación validez de extracción compulsiva de sangre sin autorización caso de delito de lesa humanidad, 2009, págs. 3 y 6.

[23] Barcia, Sonia y otros. Valoración procesal penal de la prueba de ADN indirectamente obtenida: la objeción de conciencia y la presunción de inocencia, 2008, págs. 79 - 80.

Cuadro #1[24]

País	Legislación
Estonia	El Art. 99 del Código de Proceso Penal dispone que un sospechoso procesado o condenado por un crimen intencionalmente cometido previsto en determinados capítulos del Código Penal, con uso de violencia y penado con una pena de prisión por lo menos de dos años debe ceder sus impresiones digitales o una muestra de ADN para fines de investigación, detección y prevención de delitos; lo que igualmente se aplica a delitos penados con una pena de al menos un año de prisión. De conformidad al numeral 3 del referido artìculo las personas señaladas en la presente sección en el caso que se opongan a que se les practique una prueba de ADN pueden ser fisicamente obligados a ello.
Grecia	El Art. 200 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando existen fuertes sospechas de la práctica de un delito que tiene una pena mínima de 3 años, la Policìa tiene la obligaciòn de extraer muestras biológicas de ADN del sospechoso quien, igualmente puede solicitarlas como forma de defensa. Si el resultado del ADN es positivo el sospechoso o el Ministerio Público tienen derecho a pedir que el análisis sea repetido
Holanda	La recolección de muestras biológicas es hecha preferencialmente a través de extracción de saliva bucal, recolección de sangre (del dedo) o de cabello. Los individuos que colaboren voluntariamente pueden elegir el material biológico que prefieren donar, el cual es extraido por los agentes policiales o judiciales, si no accede voluntariamente se procede compulsivamente. No procede la recolección si el perfil de ADN consta en una base de datos. La recolección del material debe efectuarse por un médico o enfermero.
Rusia	La Ley Federal 242-FZ de 03/02/2008 contiene una lista de personas sujetas al registro obligatorio del genoma humano [ADN] que son los individuos condenados y cumpliendo una sentencia de prisión por cometer un delito grave o especialmente grave y todos los delitos contra la inviolabilidad sexual y la libertad sexual de una persona; y las personas no identificadas, material que ingresa a los registros obligatorios de material genético.

En cuanto a los métodos no invasivos de extracción de fluidos corporales para obtención de ADN el numeral viii del Art. 2 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, define a los procedimientos no invasivos como un método de obtención de muestras biológicas que no implica intrusión en el cuerpo humano, por ejemplo los frotis bucales[25]

En la mayoría de los países, la extracción de la salida es un método no compulsivo y aceptado por la legislación comparada, a la que también se refiere el Informe de la Utilización del ADN en la Investigación Criminal, de la Dirección de Información Legislativa y Parlamentaria de la Asamblea Nacional de la República de Portugal:

[24] Asamblea Nacional de la República de Portugal. Utilización de ADN en la investigación criminal, 2014, págs. 40 - 61.
[25] UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, 2003.

Cuadro #2[26]

País	Legislación
Eslovenia	El actual artículo 149 del Código de Proceso Penal establece que la policía puede recoger muestras de saliva de una persona, cuando hubiere motivos razonables para acreditar la participación culpable y penada por la ley del autor del delito;
Gran Bretaña	Solamente se permiten las muestra "no íntimas" las cuales pueden ser extraidas con o sin el consentimiento de la persona cuando ha sido detenida, indiciada o condenada, La muestra de saliva se efectua con un cotonete en el interior de la boca y la muestra se emplea a un laboratorio certificado para su análisis y el perfil se guarda en la base nacional de datos.
Montenegro	La Policìa por solicitud de otras entidades, por propia iniciativa y con autorización del Ministerio Público puede, fotografias, recoger las impresiones digitales del sospechoso u obtener una muestra de saliva para el análisis de ADN

La saliva, en la actualidad, que se obtiene por medios no invasivos o coactivos de extracción de muestras biológicas, se está utilizando preferentemente para extraer el ADN, de acuerdo a lo que expresa la odontóloga portuguesa del Instituto de Medicina Legal y de Ciencias Forenses de Lisboa, Dra. Cristiana Palmela Pereira, en su artículo La importancia médico legal y criminalística de la saliva: sistematización de su aplicación en las ciencias forenses, cuando indica:

En los últimos años la saliva se transformó en un vestigio biológico muy importante para los investigadoes de varias áreas de las ciencias forenses. Este fluido corporal ganó popularidad en la investigación médico – legal y la criminalìstica debido a su fácil recolecciòn, a su fácil y segura manipulaciòn y a su estrecha relación con el plasma. El análisis de la saliva para test serológicos y para contenidos celulares probó que ésta es de gran utilidad en la detecciòn de drogas y abuso de alcohol, en la identificaiòn hormonal, en casos de envenenamiento y de marca de mordeduras. Actualmente es imperativo que los laboratorios forenses automaticen los procedimientos especìficos de rutina para la saliva como los que existen para la sangre y la orina; para que la saliva pueda ser considerada un vestigio de importancia en la investigación criminal […] La importancia médico legal y criminalística de la saliva como vestigio biológico para la investigación criminal ha aumentado en los últimos años en los laboratorios forenses[27]

La importancia de este fluido corporal es su facilidad, economía y simplicidad para su obtención siendo un medio no compulsivo y que en países como Eslovenia, Gran Bretaña y Montenegro, lo puede realizar los organos policiales sin que sea necesario el consentimiento de la persona de quien se extrae.

[26] Asamblea Nacional de la República de Portugal. Utilización de ADN en la investigación criminal. Legislación. Lisboa: Asamblea Nacional de la República de Portugal, 2014, págs. 40 - 61.

[27] Palmela, Cristiana. La importancia médico legal y criminalística de la saliva: sistematización de su aplicación en las ciencias forenses. 2014, págs. 3 - 5.

Destaca en este sentido jurisprudencia contenida en sentencia Nº 709/2013 del Tribunal Supremo de España, de acuerdo a lo que expresa la jurista española y Mgs. en Criminología María Victoria Rodríguez Caro, cuando indica que dicho Tribunal, resolvió:

La toma de ADN mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos, entendidos estos como identificaciòn genética de ADN no codificante […] salvo levemente al derecho a la intimidad el cual puede verse limitado en aras a la investigaciòn penal, incluso sin autorización judicial (registgros o cacheos policiales)[28]

Confirma, finalmente, la criminóloga española, que la extracciòn de saliva es un medio no invasivo de extracción de fluidos corporales para obtención de ADN.

Sobre los Métodos indirectos de obtención de ADN la jurista española Dra. Belén María Fernández Álvarez, deja en evidencia que los métodos indirectos de obtención de ADN no implican un contacto directo de los investigadores con el sospechoso o los sospechos de la autoría del delito, porque como se obtienen de fuidos corporales de éste o de objetos de donde pueda extraerse una muestra, pudiendo señalarse, cuando expresa: El ADN se encuentra en todos los fluidos biológicas … u otros restos biológicos presentes el todo tipo de prendas u objetos (cepillos, colillas, chicles…) Todas las células de una persona poseen el mismo ADN por lo que todas las muestras biológicas tienen el mismo valor[29]

Existe reiterada jurisprudencia comparada que admite la prueba indirecta en forma amplia, destacando que el año 2009, la Corte Suprema de Argentina, en el caso de los menores Emiliano Matías y Guillermo Gabriel Prieto Gualtieri, quienes figuraban como hijos de Guillermo Antonio Prieto y Emma Gualtieri de Rugnone de Prieto, en este caso los menores se opusieron a una extracción compulsiva de sangre y se determinó su filiación por prueba indirecta obtenida de cepillos de dientes y peinetas utilizado por ambos jóvenes y sobre los cuales en el Banco de Datos Genótico se realizó las pericias de rigor.

Este caso que determinó la identidad de los dos jóvenes, es emblemático en Argentina, el cual respetuosamente resumo para establecer la importancia del mismo:

El caso Prieto: una historia desgarradora y controversial: El fallo de la Corte se basa en un desgarrador y controversial caso sobre la supuesta apropiación de dos hijos de desaparecidos por parte del ex suboficial de la Armada Guillermo Antonio Prieto. Los hijos se llaman Emiliano Matías Prieto y Guillermo Gabriel Prieto.Según la denuncia de las Abuelas de Plaza de Mayo, la joven Blanca Estela Angerosa se encontraba embarazada cuando fue secuestrada por un grupo de tareas de la ESMA en agosto de 1978 y podría ser la madre de Emiliano. La mujer se encontraba embarazada en ese momento. Pero en el año 96, Emiliano cumplió 18 años y se negó a hacerse una extracción compulsiva de sangre en defensa de sus supuestos apropiadores. Su caso llegó hasta la Corte. Paralelamente, otra denuncia de las Abuelas por la desaparición de María Ester Peralta y Oscar Alfredo Zalazar en abril del 76 en la villa 21 de Barracas apuntó a que Guillermo Prieto sería hijo de la primera. La jueza María Servini de Cubría investigó los dos casos y determinó que en la historia clínica de la esposa de Prieto en la Armada no figuran antecedentes de partos y tampoco cobró asignaciones familiares y que la médica partera que dijo había intervenido estaba denunciada en otras causas. Ahora para resolver el misterio la Corte avaló que se hagan estudios

[28] Rodríguez, María. La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa. 2015, pág. 7
[29] Fernández, María. El ADN desde un perspectiva penal, 2006.

de ADN no lesivos a los jóvenes. La abogada de las Abuelas, Alcira Ríos, dijo que la Corte tenía en estudio el primer caso desde el 2001 y el segundo, desde el 2005[30]

En el caso investigado uno de los hijos se opuso a la extracción de sangre, razón por la cual la Corte Suprema de Argentina ordenó el allanamiento del domicilio y ordenó el secuestro de los de cepillos de dientes y peinetas utilizado por ambos jóvenes, lo que arrojó como resultado su verdadera identidad.

En España, igualmente se utiliza la prueba indirecta, como ocurrió en el Caso Gaizka Gañán, Aimar Hidalgo y Orkatz Gallastegi. La Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a siete años y seis meses de prisión por el delito de «incendio terrorista», al atribuirles la quema de un autobús en agosto de 2000 en la localidad vizcaína de Getxo, en donde la única prueba que determinó la validez de pruebas llevada a cabo por agentes de la Ertzaintza, que se sirvieron de una colilla y dos esputos arrojados por los acusados y que fueron tomados sin su autorización ya que la toma de muestras se realizó sin «actuación coercitiva» sobre los sospechosos[31]

COMENTARIOS FINALES

Ciertamente como se expone, dentro de las evidencias el medio de prueba más exacto lo constituye el ácido desoxirribonucleico (ADN), que permite determinar la participación o no participación culpable y penada por la ley de una persona, razón por la cual se requiere verificar la coincidencia de las evidencias conservadas en la cadena de custodia con el ADN extraído de los fluidos corporales del acusado, pudiendo acontecer que no se requiera de exámenes en el caso que exista un registro nacional de datos genéticos.

Existe a nivel comparado una serie de opiniones doctrinarias distintivas sobre la materia, el criterio que existe frente al principio de no autoincriminación procediendo en determinados países la extracción compulsiva prevaleciendo los intereses de la sociedad y el bien jurídico protegido de la misma,

De acuerdo a lo expuesto, la prevención y castigo del delito impone que las pruebas dubitadas de ADN sean comparada con las indubitadas de los registros, pudiendo obtenerse éstas incluso en forma coercitiva e indirecta, a fin de confrontarlas con las de los sospechosos del delito, encontrándose las indubitadas en los registros que tienen los diversos países europeos que tienen una amplia colaboración en esta materia, pudiendo obtenerse compulsivamente el material biológico de donde se extrae el ADN en caso de delitos graves, especialmente el terrorismo y de la misma forma de manera indirecta, como ocurrió con sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 199/2013 que denegó amparo 9530 promovido por el terrorista Orkatz Gallestegui Sodupe en contra de sentencias pronunciadas por la Sala Penal del Tribunal Supremo de España y de la Audiencia Nacional que le condenaron por un delito de daños terroristas y donde la prueba de ADN se obtuvo de una muestra de saliva obtenida de un esputo arrojado por el accionante al salir de la celda donde estaba detenido y su comparación con el obtenido a partir de riesgos biológicos hallados en una manga utilizada por el autor en su huida luego de poner el artefacto explosivo[32].

[30] El Clarin. Caso Prieto historia desgarradora controversial, 2009.
[31] GARA. Condenados por muestras de ADN tomadas sin permiso, 2007.
[32] Tribunal Constitucional de España**.** Sentencia 199/2013 sobre amparo 9530/2005, 2014, págs. 75 y 76.

De inadmitirse esa prueba indirecta jamás se hubiese podido establecer la responsabilidad del señalado terrorista, siendo la prueba de ADN igualmente valiosa para determinar la inocencia de determinados condenados, como ocurrió los medio hermanos Henry Mc Collun, de 50 años y León Brown, de 46, quienes además de tener deficiencia mental comprobada, fueron condenador por estupor y muerte de una niña de 11 años.[33]

De acuerdo a lo expuesto, 30 años en la cárcel tuvieron que soportar los medios hermanos Henry Mc Collun y Leon Brown, quienes, fácilmente, por su condición mental podrían haberse opuesto a su intervención corporal, y, al condenado Henry Mc Collun se le hubiere causado la muerte por una inyección letal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alonso, Antonio. Conceptos básicos de ADN forense. Madrid : Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Servicio de Biología, 2004.

Asamblea Nacional de la República de Portugal. “Utilización de ADN en la investigaciòn criminal. Legislación”. En Lisboa : Asamblea Nacional de la Repùblica de Portugal, 2014.

Barcia, Sonia y otros. Valoración procesal penal de la prueba de ADN indirectamente obtenida: la objeción de conciencia y la presunciòn de inocencia. Ambato : Universidad Regional Autónoma de Los Andes UNIANDES, 2008.

BBC de Londres. Absolución condena de pena de muerte por estupor de una menor de 11 años. [En línea 03 de Septiembre de 2014], [Consultada 03 de febrero de 2018], [Disponible en: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140903_irmaosestupro_ebc.

Bezerra, Carlos. “Examen de ADN, recolecciòn de muestras biológicas en el lugar del crimen”. Pericia Federal. año V, Nº 18, 6 - 14. 2004.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires : INFOJUS, Sistema Argentino de Información Judicial, 2014.

De Barros, Mauricio y otros. “El ADN y su utilización como prueba en el proceso penal”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Presbiteriana Mackenzie de Sao Paulo, 1 - 22. 2008.

El Clarin. Caso Prieto historia desgarradora controversial. [En línea 12 de Agosto de 2009], [Consultada 10 de marzo de 2018], [Disponible en: https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/caso-prieto-historia-desgarradora-controversial_0_HJGgpbtRTYx.html].

Espíndola, Alberí. Curso de Preservación del Lugar del Delito. Brasilia : Secretarìa Nacional de Seguridad Pública / Ministerio de Justicia de Brasil, 2009.

Fernández, Marìa. El ADN desde un perspectiva penal. [En línea] 1 de Diciembre de 2006, [Consultada 10 de marzo de 2018], [Disponible en: http://noticias.jurìdicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4320-el-adn-desde.una-perspectiva- penal/. http://noticias.jurìdicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4320-el-adn-desde.una-perspectiva-penal/.

Ferreira, Erica. Pruebas Invasivas y No Invasivas en el Proceso Penal Brasileño. Rio de Janeiro: Escuela de la Magistratura del Estado de Rio de Janeiro, Brasil, 2009.

GARA. Condenados por muestras de ADN tomadas sin permiso. [En línea] 17 de Marzo de 2007. [Consultado el: 21 de Enero de 2018.] [Disponible en: http://gara.naiz.eus/paperezkoa/20070317/8646/es/Condenados/muestras/ADN/tomadas/sin/permiso.

Gascón, Marina. “Validez y valor de las pruebas cientìficas: la prueba del ADN”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 1 - 12.Vols, 2007.

[33] BBC de Londres. Absolución condena de pena de muerte por estupor de una menor de 11 años, 2014.

Gutiérrez, Marìa y otros. “Las biopruebas de identificaciòn y el derecho a la intimidad”. Revista Jurìdica del Perú. Nº 13, 1 – 61,1997.

Junho, Sergio. “Tecnología e Innovación. Seguridad Pública, determinación de la identidad genética por el ADN” En Seminarios Temátiicos para la 3ª Conferencia Nacional de Ciencia. Volumen 5, pág. 451. págs. 447 – 460. Tecnología e Innovación. Brasilia : Ministério de Ciencia y Tecnologia de Brasil, 2005,

Palmela, Cristiana. “La importancia médico legal y criminalìstica de la saliva: sistematizaciòn de su aplicaciòn en las ciencias forenses”. Revista Portuguesa de Estomatología, Medicina Dentaria y Cirugía Maxilofacial, págs. 3 – 6, 2014.

Pescio, Victorio. “Teorìa General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba”. En Manual de Derecho Civil. Tomo II. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1978.

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Argentina. Confirmación validez de extracción compulsiva de sangre sin autorizacion caso de delito de lesa humanidad. P-31-411/09, Mendoza, Argentina: Poder Judicial de Mendoza, Cámara Federal de Apelaciones, 14 de Septiembre de 2009.

Reyes, José. Tratado de Crimimnología. Cárdenas Velasco Editores S.A. de C.V. México D.F., 2005.

Rodríguez, María. “La investigaciòn mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa”. Revista Pensamiento Penal, 2015.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia 199/2013 sobre amparo 9530/2005. Boletín Oficial del Estado Nº 7 de 08/01/2014,Madrid, 2014.

UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. París : s.n., 2003.