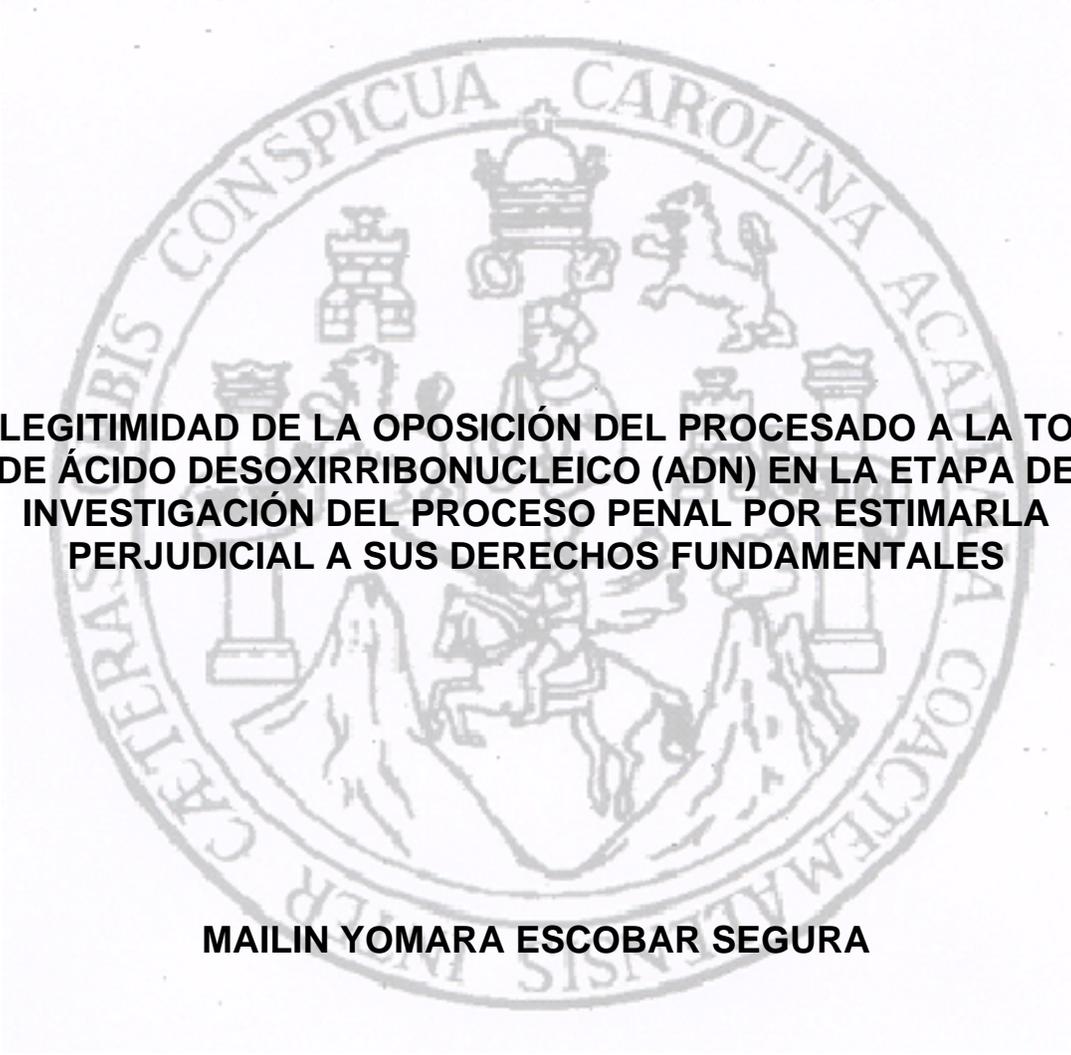


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, a lion on the right, and a figure on the left. The shield is supported by two figures. The text "UNIVERSITAS CAROLINA ACAD" is visible at the top of the seal, and "CETTERAS BIS CONSPICUA" is visible on the left side. The text "LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES" is overlaid on the seal.

**LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA
DE ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE
INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA
PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES**

MAILIN YOMARA ESCOBAR SEGURA

GUATEMALA, JUNIO DE 2009.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA
DE ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE
INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA
PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MAILIN YOMARA ESCOBAR SEGURA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2009.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Licda. Rosa María Ramírez Soto

Segunda fase:

Presidente:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. David Sentes Luna
Secretario:	Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciado
Luis Fernando Villatoro López
Abogado y Notario
Colegiado 6243



Guatemala, 03 de Septiembre de 2,008.

Licenciado:
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento de la resolución de fecha 09 de julio del año 2,008, por medio de la cual se me asignó asesor de tesis de la bachiller Mailin Yomara Escobar Segura, sobre el trabajo de tesis titulado "LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES", respetuosamente a usted informo:

- I) Que he cumplido con tal designación acompañando el desarrollo y evolución de dicho trabajo durante sesiones continuas en los últimos dos meses, tiempo en el cual hemos abordado el tema, enriqueciéndolo con nuestras discrepancias y coincidencias.
- II) En síntesis y definitivamente, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de la investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliográficas utilizadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación. La contribución científica del tema es: la toma de ADN puede obtenerse de manera directa o indirecta teniendo ambas diferentes grados de confiabilidad sin perjuicio de los derechos fundamentales del sindicato aún contra de la voluntad del sindicato, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado, así también, que sea sometido a discusión en su examen público de tesis.

Expreso mi agradecimiento por la confianza depositada como asesor, comprometiéndome con ella las muestras de mi distinguida consideración.

Licenciado
Luis Fernando Villatoro López
Lic. Luis Fernando Villatoro López
Asesor de Tesis
Colegiado 6243

Avenida de la Reforma 8-60 zona 9, Edificio Galerías Reforma, Torre I, oficina 803
Teléfono 52027852

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de septiembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR DAVID ESPAÑA PINETTA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MAILIN YOMARA ESCOBAR SEGURA, Intitulado: "LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Lic. Héctor David España Pinella

Colegiado 2802
Guatemala, C. A.

BUFETE PROFESIONAL
DE ESPECIALIDADES

7 av. 1-20 zona 4. Edificio Torre Café. Of. 205

Tel. 23315244 - 52156733

Guatemala, 29 de Septiembre del 2008.

Licenciado:

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
CIUDAD UNIVERSITARIA



Señor Jefe de la Unidad:

De conformidad con Resolución emanada de esa Unidad, en la cual he sido asignado como REVISOR del trabajo de tesis de la estudiante: **MAILIN YOMARA ESCOBAR SEGURA**, intitulado: **"LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ACIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES."** a usted, expreso lo siguiente:

1. La investigación en esta clase de prueba pericial, ha venido a representar un medio de convicción determinante, para la averiguación de la verdad en un hecho delictivo, como lo puede ser un homicidio o un asesinato; o bien la averiguación de la paternidad, en los casos de violación o en la comisión de hechos violentos de cualquier índole.
2. Por otra parte, también es cierto que en la recolección de la prueba ADN, se vulnera el derecho a la dignidad personal, el respeto a la integridad física, el derecho a la libertad; y como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 16, nadie puede declarar contra sí mismo ni declararse culpable, así mismo el individuo tiene derecho a su intimidad y la salud, por lo que el Estado a través de la Institución encargada de la práctica y la toma de la prueba de ADN, debe observar las normas fundamentales del respeto a la dignidad humana.
3. Es el presente trabajo de investigación, un aporte técnico científico en el cual se ha utilizado la metodología y técnicas de investigación adecuadas, siendo la redacción clara y puntual en el tema, concordando las conclusiones y recomendaciones y la bibliografía investigada, por lo que llena el cometido del contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Y en esa virtud, emito DICTAMEN FAVORABLE, para que el presente trabajo pueda ser discutido en el Examen General Público, correspondiente.

Atentamente,

Héctor David España Pinella
ABOGADO Y NOTARIO

REVISOR



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MAILIN YOMARA ESCOBAR SEGURA, Titulado LA LEGITIMIDAD DE LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL POR ESTIMARLA PERJUDICIAL A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A Dios: Gracias por la vida y por permitirme culminar mi carrera.
- A la Virgen del Santísimo Rosario: Agradecimiento por todo lo recibido.
- A mis padres: Tomás de Jesús Escobar Alfaro y Telma Gladis Segura Grajeda de Escobar.
Gracias por la vida que me han dado, por su apoyo económico y moral. Que Dios me los bendiga.
- A mi hermano: Tomás Enrique Escobar Segura y a su esposa Mirna Oralía Martínez Nájera de Escobar. Con cariño.
- A mis abuelos: Juana de María Alfaro (Q.E.P.D.)
María Luisa Grajeda (Q.E.P.D.)
Quienes en este momento se que están conmigo espiritualmente y Abel Escobar Ortíz, con mucho cariño.
- A mis tíos (as) y primos (as): Con mucho cariño.
- A mis amigos (as): Gracias por brindarme su amistad, especialmente a don Carlos Fernández y Estelita Melgar, Fabi Leiva y Darvin Orellana.
- A los licenciados: Luis Fernando Villatoro López, Héctor David España Pinetta, Rolando Segura Grajeda, Mevis Asynthia Gordon Brown, Patricia Villatoro Carrera, Gloria Marina Salvador y Mellina Salvador.
Gracias por su apoyo y amistad.
- A la Gloriosa y Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala: Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Por permitirme formarme y culminar mi carrera profesional.

ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
---------------------------	---

CAPÍTULO I

1. La prueba dentro del proceso penal guatemalteco	1
1.1. La prueba	2
1.1.1. Definición	3
1.1.2. Principios probatorios.....	6
1.1.2.1. Principio de investigación integral	6
1.1.2.2. Principio de la verdad real	7
1.1.2.3. Principio de contradicción de la prueba.....	9
1.1.2.4. Principio de libertad probatoria.....	10
1.1.2.5. Principio de comunidad de la prueba	11
1.1.2.6. Principio de originalidad de la prueba	12
1.1.3. Clasificación de la prueba	13
1.1.3.1. De acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad ...	13
1.1.3.2. De acuerdo a su forma de presentación en el debate.....	14
1.1.3.3. De acuerdo al ordenamiento jurídico.....	15
1.1.4. Valoración y sistemas de valoración de la prueba	16
1.1.4.1. Sistema de la prueba legal.....	17
1.1.4.2. Sistema de la íntima convicción	18
1.1.4.3. Sistema de la libre convicción o sana crítica racional	19
1.1.5. Finalidad y requisitos de la prueba	20

CAPÍTULO II

2. El ácido desoxirribonucleico (ADN) como prueba científica en el proceso penal	23
2.1. La toma de ADN como prueba pericial y la actitud de las partes frente a la misma.....	27
2.2. Nociones generales sobre el ácido desoxirribonucleico (ADN)	29
2.3. Actos de investigación y actos de prueba.....	32

2.4. El ADN como prueba dentro del proceso penal.....	34
2.5. La intervención corporal para toma de muestras de ADN	37

CAPÍTULO III

3. Los derechos fundamentales que le son inherentes a todo sindicado	41
3.1. Los derechos humanos	41
3.1.1. Universalidad e indivisibilidad	44
3.1.2. Interdependencia	45
3.1.3. Interrelación	46
3.1.4. Exigibilidad.....	47
3.1.5. Derechos individuales y derechos colectivos.....	48
3.2. Los derechos fundamentales.....	49
3.3. Derechos fundamentales del procesado vinculados a la toma de ADN ...	50
3.3.1. La dignidad de la persona humana y a su integridad física	54
3.3.2. El derecho a la libertad	55
3.3.3. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.....	56
3.3.4. Derecho a la intimidad corporal	58
3.3.5. Derecho a la salud	59
3.4. Regulación internacional	59

CAPÍTULO IV

4. La toma de ADN y su incidencia sobre los derechos fundamentales del procesado	67
4.1. La colisión de los derechos fundamentales	67
4.2. La toma de muestras como acto de intervención corporal y su incidencia sobre derechos de rango constitucional.....	71
4.3. Fuentes legitimadoras de la toma de muestras de ADN	77
4.3.1. El consentimiento del interesado	77

4.3.2. La toma de muestras contra el consentimiento del interesado	78
4.3.3. La valoración de la negativa al sometimiento a las pruebas	78
4.3.4. El recurso a la coacción penal	80
4.3.5. La toma subrepticia de muestras	80
4.4. Jurisprudencia comparada en materia de la toma de ADN y los derechos fundamentales del sindicado.....	82
4.5. Normativa penal guatemalteca en materia de la toma de ADN y la posible violación de los derechos fundamentales del sindicado.....	88
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95

INTRODUCCIÓN

Durante el transcurso del siglo XX, especialmente en sus últimas décadas, la informática y la biología molecular han aportado nuevas técnicas de análisis para el estudio de las pruebas delictivas y, también, modernos sistemas de identificación personal, que agilizan las investigaciones criminales que realiza la Policía Nacional Civil bajo la dirección del Ministerio Público. Los sistemas de identificación personal han avanzado sobremanera con las técnicas de análisis del código genético, que permiten extraer y *leer* fragmentos de la molécula de ADN.

Los análisis del ADN, que determinan la huella genética de un individuo, es decir la información contenida en sus genes, representan una gran ventaja en la investigación de la comisión de delitos violentos, pues aportan la ventaja de que son mucho más precisos, ya que es prácticamente imposible hallar dos individuos que posean el mismo perfil genético (la única excepción es el caso de los hermanos gemelos homocigóticos), lo cual facilita las tareas de búsqueda y también de identificación de sospechosos en casos de hechos delictivos graves, tales como homicidio y de agresiones físicas o sexuales.

La certeza de inclusión o exclusión a la que permite llegar el análisis de ADN hace indiscutibles sus beneficios dentro del proceso penal pero, a su vez, conlleva examinar los retos que implica su efectiva implementación y determinar si su práctica atenta contra derechos fundamentales consagrados para la defensa de la persona.

Así, la presente investigación busca determinar qué derechos fundamentales se ven directamente vinculados con la realización de la prueba de ADN. En la actualidad la prueba de ADN ha sido y es utilizada en el proceso penal guatemalteco como un mecanismo de inclusión o exclusión que permita establecer que los restos o muestra de ADN corresponden o no al sindicado, pero no se cuenta con un *banco de datos* que permita conocer si el código de ADN corresponde a otra persona que no se encuentre procesada.

El problema de la investigación se definió así: ¿Es legítima la oposición del procesado a la toma de la muestra de ADN en la etapa de investigación del proceso penal por considerar que con esta se disminuyen los derechos fundamentales de que goza toda persona dentro del contexto de un Estado de Derecho tutelar de la plena vigencia de los derechos fundamentales?

La hipótesis planteada fue: La oposición del procesado a la toma de la muestra de ADN, en la etapa de investigación dentro del proceso penal, resulta ilegítima cuando la misma emane de orden de juez competente y con respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales que le asisten como sindicado. El objetivo general de la investigación fue establecer la legitimidad o no de la oposición del procesado a la toma de ADN como prueba anticipada en la etapa de investigación del proceso penal, cuando este argumenta que le son vulnerados sus derechos fundamentales.

Los supuestos de la investigación tienen como marco teórico la plena vigencia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional y democrático de Derecho, en el entendido que los mismos, necesariamente, coexisten con otros derechos del mismo rango: a) La prueba científica; b) La confiabilidad de la prueba de ADN, y c) Los derechos fundamentales que le asisten a todo sindicado.

En cuanto a la metodología, la investigación propuesta fue de tipo aplicada; para su desarrollo se hizo uso del método deductivo y se emplearon las técnicas bibliográficas y documentales. La investigación se dividió en cuatro capítulos. El primero se refiere a la prueba dentro del proceso penal; el segundo aborda lo relativo al ácido desoxirribonucleico y su aporte como prueba pericial; el tercer capítulo se adentra al desarrollo de los derechos fundamentales como derechos inherentes al sindicado; el cuarto capítulo desarrolla el tema del ADN y su incidencia sobre los derechos fundamentales del sindicado.

CAPÍTULO I

1. La prueba dentro del proceso penal guatemalteco

El tema de la prueba es tan antiguo como la civilización misma, siendo evidente que su asidero varió sustancialmente entre el Estado antiguo basado en un fenómeno de fuerza y el Estado moderno basado en la supremacía de la ley, la igualdad ante la misma y un cúmulo de derechos que son considerados inherentes a la persona (derechos fundamentales).

“Al comienzo de la civilización —la prueba— se basaba en la superstición y se partía del supuesto que todo delito tenía su origen en virtudes mágicas, encantamientos y exorcismos. En los juicios de Dios, u Ordalías, se creía que la divina providencia indicaría al culpable. Se practicaron las pruebas de fuego, agua, de sangrado de la víctima delante del victimario, del veneno, etc.”¹

“Luego continuó el sistema de las pruebas legales, este consistía en la búsqueda de medios racionales de prueba, testigos o documentos. El juez estaba limitado discrecionalmente por la libre apreciación racional de la prueba, este sistema prevaleció en el sistema inquisitivo.”²

Dentro del contexto del *Estado moderno*, que se configura con la asunción al poder del Rey Luis XIV y se consolida a partir de la Revolución francesa y la independencia de las colonias inglesas ubicadas en el norte del continente americano, a toda persona se le reconoce un catálogo de derechos mínimos e irrenunciables que lo identifican y lo configuran como tal: como ser humano.

Este catálogo es a lo que actualmente se le denomina y se le reconoce en el ámbito internacional como derechos humanos. El en ámbito estatal los derechos

¹ Guzmán Córdova, César Roberto, **La prueba penal**, pág. 7

² **Ibid.**

humanos que han sido reconocidos y adoptados en los textos constitucionales son denominados *derechos fundamentales*.

Es catálogo de derechos humanos, y su defensa al ser consagrados como derechos fundamentales, es el que le da razón de ser y fundamenta al Estado constitucional y democrático de Derecho. Los derechos humanos son, entonces, la base, el origen, fundamento y razón de ser de la organización político-social moderna. Para el caso particular de esta investigación, los principios de estado de inocencia y de debido proceso son presupuestos necesarios que el Estado, como ente coactivo y encargado de velar e imponer el orden público, debe de respetar al momento de investigar y procesar a toda persona.

Es por eso que la prueba, dentro de cualquier tipo de proceso judicial, es fundamental para las partes, esencialmente para aquella que quiera vulnerar ese estado de inocencia que, tanto en el ámbito nacional como internacional, se le reconoce a toda persona. Con ese marco teórico es que se desarrolla la prueba en el presente capítulo y se justifica su inclusión en esta investigación.

“En el derecho moderno surge la libre valoración de la prueba por parte del juez; permitiendo que el proceso se objetivara y se sustrajera del peligro de un arbitrio incontrolable e ilimitado.”³

1.1. La prueba

Resulta prudente, al iniciar el tratamiento y conceptualización del término *prueba*, remitirnos a una idea primaria de que se entiende por tal. Así, prueba deriva del latín *probare* que se traduce como *probar*, *comprobar* o *ensayar*. Además, es la “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.”⁴

³ **Ibid.**

⁴ Villa-Real Molina, Ricardo y Miguel Ángel del Arco Torres, **Diccionario de términos jurídicos**, pág. 437.

Ese *algo* respecto del cual se pretende probar o improbar su veracidad es la imputación de hechos que, para este caso específico, acontece en materia procesal penal cuando se le imputa la comisión de uno o varios hechos al procesado. Entonces, el andamiaje jurídico procesal provee a las partes para que puedan hacerse de los respectivos medios de prueba amén de poder probar o refutar dichas imputaciones.

Pero la obtención y construcción de la prueba, previa a la valoración que de ella realice el juzgador, posee límites y prohibiciones que, en algunos casos no resultan ser tan claros: tal es el caso del la toma de ácido desoxirribonucleico (ADN) en la etapa de investigación del proceso penal, que conlleva una invasión corporal, si bien mínima, invasión al fin, en el cuerpo del procesado.

1.1.1. Definición

El vocablo *prueba* deriva del latín *probare*, probar, comprobar, ensayar. De manera genérica, la Real Academia Española, entiende por prueba: “Acción y efecto de probar. || 2. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. || 3. Indicio, señal o muestra que se da de algo. || 11. *Der.* Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. || ~ de indicios, o ~ indiciaria. f. *Der.* La que se obtiene de los indicios más o menos vehementes relacionados con un hecho, generalmente criminal, que se pretende esclarecer. || ~ semiplena. f. *Der.* prueba imperfecta o media prueba, como la que resulta de la declaración de un solo testigo, siendo este de toda excepción. || ~ tasada. f. *Der.* La que, por diferencia de la regla de su libre estimación por el juez, la ley exige específicamente para poder acreditar un hecho determinado.”⁵

Dentro del ámbito del Derecho común se entiende por prueba aquél medio con que se pretende probar algo: “Probar es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la

⁵ Real Academia Española, **Diccionario de la Lengua Española**, pág. 1011.

verdad o falsedad de una proposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales. Aunque los términos probar y demostrar son sinónimos, con más frecuencia se usa la palabra demostrar para referirse a la actividad que tiene como término la falsedad o verdad de una proposición.”⁶

De lo que va expuesto, se evidencia que el término prueba se refiere al medio o instrumento de que se sirven las partes, dentro de un proceso, para evidenciar la verdad o falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo.

“La palabra prueba, en sentido estrictamente gramatical, expresa la acción y efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.”⁷

El procesalista Eduardo Couture indica que en su acepción común “...la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación.”⁸ Dicho autor al definir la prueba, indica: “Tomada desde su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado.”⁹

Ya en materia procesal penal, Alberto Binder señala: “La segunda actividad de preparación de gran importancia es el ofrecimiento de prueba. Este consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus distintas hipótesis. Ofrecer prueba significa señalar los elementos o

⁶ Pallares, Eduardo, **Diccionario de Derecho procesal civil**, pág. 662.

⁷ De Pina, Rafael. Citado por: Pallares, **Ob. Cit.**; pág. 662.

⁸ Couture, Eduardo, **Fundamentos del Derecho procesal civil**, pág. 217.

⁹ **Ibid.**, pág. 219.

medios de prueba que se utilizarán en el debate. La tercera parte principal del juicio penal es la producción de la sentencia. El período de producción de la sentencia comienza con la deliberación que es el proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitirán construir la solución del caso. El primer nivel es el del análisis jurídico; el segundo, el de la valoración de la prueba.”¹⁰

En su sentido amplio, la prueba es la confirmación de la hipótesis o afirmación planteada o quitarles sus efectos, negándola. Dicha confirmación o negación, se sea el caso, implica que los jueces lleguen al convencimiento con base en su razonamiento jurídico. “Y es que el dato que significa la probanza debe ser objetivo, pues ha de provenir del mundo externo del proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva.”¹¹ Siendo que dicho dato probatorio debe ser lícito para ser admitido dentro del proceso.

“La prueba da certeza sobre una afirmación de la cual se dudaba, después de que ésta ha sido confrontada con otras y confirmar su exactitud o eficacia; si de la confrontación de la afirmación o cosa de la que se duda con otras cosas o afirmaciones encontramos que se produce desacuerdo, es indicio de error o ineficacia y diremos que aquella (la afirmación) es válida.”¹²

Con base en lo expuesto, puedo indicar que la prueba, en su sentido procesal más amplio, es el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio sobre el cual ha de decidir.

Siendo técnicamente más estricta, se evidencia que el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, pese a que el léxico jurídico no las distinga con precisión: a) el elemento de prueba; b) el órgano de prueba; c) el medio de prueba, y d) el objeto de la prueba.

¹⁰ Binder, Alberto, **Introducción al Derecho procesal penal**, págs. 243 y 244.

¹¹ Valenzuela, Wilfredo, **El nuevo proceso penal**, pág. 182.

¹² Guzmán Córdova, **Ob. Cit.**; pág. 26.

“Elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.”¹³

En cuanto al órgano de prueba, se estima como tal al sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso. La función de éste es la de intermediario entre la prueba y el juez. El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (un testigo) o por encargo judicial (un perito).

El medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y sus partes, con respeto del derecho de defensa de éstas.

1.1.2. Principios probatorios

1.1.2.1. Principio de investigación integral

Mientras en el proceso civil prevalece fuertemente el sistema dispositivo y sólo las partes son las encargadas de introducir el material probatorio referente a las cuestiones privadas que las mismas propusieron al entablar la *litis* y formular sus pretensiones; En el proceso penal la situación de la prueba y a quién corresponde aportarla, varía sustancialmente al ser el interés público el vulnerado. Es por ello que el proceso de investigación y aportación de las pruebas corresponde, en principio, al Ministerio Público, y las complementarán las aportadas por el querellante y la defensa del procesado.

El diligenciamiento de las pruebas corre a cargo del Ministerio Público el cual actúa con la autorización del juez contralor, quién también autorizará el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas por las partes.

¹³ Cafferata Nores, José I., **La prueba en el proceso penal**. En: Fundación Mirna Mack, **Valoración de la prueba** (compilación), pág. 19.

“Corresponde al Ministerio Público el monopolio de la acción penal y consecuentemente de la investigación de los hechos considerados como delictivos. Una vez incitado por una denuncia el ente acusador está investido del deber de investigar el caso, tendrá a su cargo el procedimiento preparatorio con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales y ejercerá la acción penal, teniendo siempre como premisa el principio de objetividad.”¹⁴

1.1.2.2. Principio de la verdad real

Por el hecho de que en el proceso penal se ve comprometido el orden público el Estado no puede desentenderse de la búsqueda de la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso. Por ello no puede depender exclusivamente de las pruebas que aporten las partes.

“Como consecuencia, tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Público tienen el deber funcional de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima a la voluntad de las partes. De manera que la negligencia, omisión, inactividad de las partes y aun la confesión del imputado no revelan la obligación de indagar la verdad, más allá incluso de cualquier artificio formal. Este principio está limitado por el objeto del proceso en cada caso, el que debe ser determinado por el fiscal en su acusación. Le incumbe al juez procurar el conocimiento de la verdad histórica con total independencia, ejerciendo esa actividad por sí solo, sin necesidad de requerimiento de parte. La misma actividad debe realizar el fiscal, aun cuando el juez no se la imponga, porque está obligado a ello no por una resolución judicial sino como un deber funcional.”¹⁵

“La realización de la justicia y la búsqueda y realización de la verdad son las caras de una misma moneda. Para el Derecho penal es imprescindible que la verdad que se busca en el proceso, sea la verdad histórica y real del hecho que originó el

¹⁴ **Ibid.**, pág. 52.

¹⁵ Jauchen, Eduardo, **Tratado de la prueba en materia penal**, págs. 32 y 33

mismo. Luego el juez o tribunal no puede conformarse con lo que muestran las partes por sí, sino que debe analizar y valorar las pruebas que le son presentadas durante el debate oral y público; dichas pruebas son fruto de la actividad investigadora que ha desplegado el Ministerio Público durante la etapa preparatoria y que han de llevar a la verdad material del hecho. Por ello la sola admisión de los hechos realizada por el imputado es insuficiente para establecer la verdad del hecho.”¹⁶

La verdad real o histórica, a la que he hecho referencia, es un principio de aspiración del proceso penal, que si nos atenemos a las concepciones ontológicas y filosóficas de la misma, no puede menos que concluirse que conlleva una ilusión, en buena medida exagerada, que en la mayoría de los casos no es posible concretizar desde el punto de vista realista, tornando a este principio como una ficción, como otras tantas propias de la ciencia del Derecho por devenir en necesarias y útiles a sus fines y metodología.

De ahí que se ha afirmado con todo acierto que: “Lo que el proceso penal alcanza es una declaración aproximativa de la verdad convencionalmente aceptable en la medida en que cumple con requisitos normativamente establecidos y a los que dota de plausibilidad jurídica por la invocación explícita de ciertas constancias e implícitas por el convencimiento subjetivo de los juzgadores. Esa reconstrucción efectuada mediante una actividad oficial sujeta a reglas no es una auténtica indagación de la realidad, sino la búsqueda de una plausibilidad social y jurídica. Pero cabe insistir en que eso es todo lo que puede alcanzar el proceso, una verdad de índole procesal, sujeta a reglas de juego que son en definitiva, garantías [...] el conocimiento judicial no es un conocimiento de lo real ni, mucho menos, de lo absoluto, sino una plausibilidad verosímil ajustada a reglas apreciativas que implican formas de mutuo control, sobre cuya validez debe insistirse.”¹⁷

¹⁶ Guzmán Córdova, **Ob. Cit.**; pág. 49.

¹⁷ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 34.

1.1.2.3. Principio de contradicción de la prueba

Este principio encuentra su fundamento en la garantía constitucional de inviolabilidad de defensa en el juicio y la contradicción que es característica del proceso en general. Así, la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y atacarla.

“Cada una de las partes sostiene una hipótesis contrapuesta la cual debe ser escuchada por el tribunal. Asimismo tiene el derecho de aportar las pruebas que consideren pertinentes y útiles para sustentar sus respectivas argumentaciones en defensa de sus intereses y por supuesto con el objeto de establecer la verdad real en el juicio. La etapa preparatoria es parcialmente contradictoria y tiene más vigencia una efectiva investigación de los hechos y aplicación de la ley penal, y se reserva la participación plena de los sujetos procesales a las diligencias de anticipo de prueba, habida cuenta de que dichos actos son definitivos e irreproducibles. Durante la fase del juicio es en donde tanto el contradictorio como la publicidad adquieren su vigencia total así como se cuida con celo el principio de inviolabilidad de la defensa.”¹⁸

El conocimiento de la prueba implica que se notifique a la contraparte respecto de su ofrecimiento, admisión y el día y hora y la forma de su producción, así como todos los actos procesales que se vinculen a la misma. Lo anterior es con el fin de permitir a las partes conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicará, la oportunidad de su producción y las condiciones en que se hará, lo que posibilitará la oposición mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere impertinentes.

“Cabe destacar que si bien en puridad el principio se postula con referencia a la parte contra la que se opone una prueba, entendiéndose por tal aquella a la que supuestamente su producción habrá de perjudicar, lo cierto es que conforme al principio de comunidad del proceso y de la prueba, el que juega necesaria y armónicamente con

¹⁸ Guzmán Córdova, **Ob. Cit.**; págs. 57 y 58.

éste, la contradicción de be extenderse a todas las partes admitidas en la causa, aun cuando pueda conjeturarse que el resultado de la prueba no habrá de perjudicarlo.”¹⁹

El principio de contradicción de la prueba implica el derecho a contraprobar, que no es otra cosa que la facultad para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra.

1.1.2.4. Principio de libertad probatoria

Como regla general los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos prevén amplias posibilidades respecto de lo que se puede probar y los medios para hacerlo. Es evidente que a dicha regla le acompañan, de manera necesaria, ciertas restricciones o limitaciones, tal es el caso de la manera en que se debe probar el estado civil de las personas y la limitación de aportar pruebas prohibidas por la legislación y las que resulten incompatibles o no recocidas por la ciencia.

“Este principio tiene una íntima relación con el carácter público del Derecho penal, así como con el interés social que pretende tutelar con su aplicación y con la finalidad de averiguación de la verdad real. En consecuencia, en el proceso penal todo puede probarse por cualquier medio siempre que sea legal. Por ello, toda prueba obtenida o recabada en abierta violación de los principios constitucionales o legales establecidos, es nula y no puede sustentar un fallo judicial. La excepción la constituye el estado civil de las personas, el cual únicamente puede ser probado con las certificaciones expedidas por el Registro Civil [ahora por el Registro Nacional de Personas].”²⁰

“También se encuentran las limitaciones referidas a las garantías individuales y a las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso. En cuanto a las primeras, las constituciones, con la finalidad de proteger la intimidad, la

¹⁹ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 35.

²⁰ Guzmán Córdova, **Ob. Cit.**; pág. 52.

vida privada, la salud y la propiedad particular, fijan condiciones formales insoslayables para que puedan alterarse estos valores en pro de la averiguación del delito. De modo que para la obtención de la prueba es menester el respeto de las garantías constitucionales y las formas impuestas para cada medio probatorio; de lo contrario, el material colectado en violación de estas normas será invalorable.”²¹

Este principio, y los límites que el mismo autoimplica, será una de las bases sobre la cual se erigirá el estudio de la presente investigación, al cuestionar y pretender dar respuesta a la interrogante: ¿Es legítima la oposición del procesado a la toma de la muestra de ADN en la etapa de investigación del proceso penal por considerar que con esta se disminuyen los derechos fundamentales de que goza toda persona dentro del contexto de un Estado de Derecho tutelar de la plena vigencia de los derechos fundamentales?

1.1.2.5. Principio de comunidad de la prueba

Este principio actúa aparejado al de investigación integral. El principio de comunidad de la prueba también es denominado *de adquisición procesal*. De por sí su denominación *comunidad de la prueba* conlleva que la misma al ser ordenada y producida pertenece al proceso y no a las partes, siendo que su resultado puede favorecer o perjudicar a cualquiera de ellas, incluso a la que la propuso.

“Implica que cuando la producción de una prueba ha sido ordenada por el órgano jurisdiccional, debe necesariamente realizarse y valorarse en la sentencia, todo ello con absoluta prescindencia de la voluntad de las partes, quienes ya no pueden desistir de su producción aun cuando la hayan ofrecido.”²²

“La prueba propuesta por el Ministerio Público, la defensa o cualquiera otra de las partes, deja de pertenecerle al proponente, para ser prueba del proceso y

²¹ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 36.

²² **Ibid.**, pág. 37.

consecuentemente es común a todos los sujetos procesales y puede beneficiar a cualquiera de ellos. Luego resulta una mala práctica el que los tribunales permitan que el proponente renuncie a un elemento de prueba, porque lo que interesa es la averiguación de la verdad para la realización de la justicia y este es un valor que va más allá de los deseos o intereses de las partes.”²³

1.1.2.6. Principio de originalidad de la prueba

Siendo que con la prueba se pretende afirmar o negar una hipótesis que necesariamente estará vinculada con la responsabilidad que se aduce del sindicado, y que la misma busca echar por tierra el estado de inocencia que le acompaña a todo sindicado, el principio de la originalidad de la prueba busca que ese *estado de inocencia* solamente sea disminuido por medio de pruebas que sean lo suficientemente idóneas y contundentes. Es por eso que la prueba original deberá ser preferida sobre la prueba no original o indirecta ya que esta última no es una fuente directa sino indirecta de lo que se supone aconteció o que da cuenta de la prueba material pero no es la esta en sí.

“Toda prueba que se presente en juicio, consiste en definitiva en personas o cosas. Desde esta perspectiva, las pruebas se clasifican en personales o materiales. A su vez, la forma en que la prueba se introduce al juicio puede ser mediante la asistencia personal del testigo que presencié el hecho en forma directa pro medio de sus sentidos y de los objetos mismos que constituyen las pruebas materiales, o bien el testimonio de una persona que depone sobre lo que escuchó decir a aquél sobre su observación del hecho, y en el otro caso, un dibujo, fotografía, reproducción, filmación, etcétera, de los objetos materiales probatorios. En el primer caso se estará frente a las *pruebas originales*; en el segundo, a *pruebas no originales* o indirectas.”²⁴

²³ Guzmán Córdova, **Ob. Cit.**; págs. 52 y 53.

²⁴ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 50.

Con lo expuesto, entiendo que la originalidad de la prueba no es otra cosa que la condición subjetiva de la prueba, considerada en su sustancia. La prueba no original constituye *una prueba de una prueba*, de ahí su debilidad, pues implica el riesgo de desvirtuar los hechos y conducir a conclusiones erróneas.

“Si tomamos en consideración la posición del juez a quien se le debe proporcionar todos los medios adecuados para que logre conocer un hecho que no presencié, toda prueba resultará en definitiva para él, aun siendo original, un elemento indirecto respecto del hecho. Con lo cual se llega al grave inconveniente de que la no original sería la prueba de una prueba de otra prueba.”²⁵

1.1.3. Clasificación de la prueba

La prueba, dentro de Derecho penal, suele ser clasificada de acuerdo a distintos criterios. Siguiendo el esquema planteado por Hugo Roberto Jauregui, expongo los tres criterios comúnmente más utilizados. Así, la prueba se clasifica de acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad, a su forma de presentación en el debate y conforme al ordenamiento jurídico²⁶.

1.1.3.1. De acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad

De acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad, la prueba se clasifica en:

- a. Prueba directa. Son todos aquellos datos que de ser creídos por el juzgador, comprueban los hechos que se buscaba demostrar sin ningún otro tipo de consideración.
- b. Prueba indirecta. También llamada circunstancial; son todos aquellos datos de los cuales se pueden desprender inferencias que permitan en un momento dado convencer al juzgador de la forma en que ocurrieron determinados hechos. La declaración de una persona que vio al acusado en

²⁵ *Ibid.*, pág. 51.

²⁶ *Introducción al Derecho probatorio en materia penal*, págs. 30, 31 y 32.

la escena del crimen poco tiempo antes de que este ocurriera, el hallazgo del arma homicida en la que aparecen las huellas dactilares del acusado, etc.

La prueba indirecta cobra un valor muy importante en materia penal, pues difícilmente puede contarse en un gran número de casos con prueba directa para plantear las acusaciones y mientras más delicado sean los delitos que se persigue en nuestro medio más difícil resulta el lograr que la gente participe.

1.1.3.2. De acuerdo a su forma de presentación en el debate

De acuerdo a su forma de presentación en el debate la prueba se clasifica en:

- a. Testimonial. También denominada personal, comprende a todas aquellas personas que suministran información al juzgador, ya sea sobre los hechos que les constan, o sobre algún aspecto relacionado con el delito y que requiera de sus especiales conocimientos en cualquier ciencia, profesión o arte. Pueden clasificarse en:

Testigo lego. El comúnmente denominado testigo, que es aquella persona común y corriente que tiene conocimiento personal y directo de la forma en que ocurrieron determinados hechos.

Testigo perito. Es aquella persona que por sus conocimientos especializados en determinada ciencia, arte u oficio puede ser considerado como experta en la materia.

- b. Demostrativa. Está constituida por todas aquellas personas, objetos o representaciones perceptibles por los sentidos: ropa, armas, croquis, planos, etc., cuyo objetivo es demostrarle al juzgador cómo ocurrieron los hechos. Se clasifica en dos clases:

Real. Que se da cuando los objetos que se presentan son los mismos que fueron parte del hecho en el cual se quieren presentar como prueba: el arma homicida, la ropa que llevaba puesta la víctima o el victimario, un reconocimiento en la escena del crimen.

Ilustrativa. Consiste en todos aquellos objetos, armas, ropa, etc., que no

siendo los utilizados o encontrados en la escena del crimen ilustran al juzgador sobre como ocurrieron los hechos que se pretenden probar: un calibre la misma marca que la que se utilizó en el crimen, una ropa de la misma clase que portaba la víctima, una representación computarizada de la trayectoria de los proyectiles disparados.

A parte de estos medios se mencionan además las categorías de prueba científica y conocimiento judicial que consideramos que al ser aceptadas para su admisión en juicio deben de presentarse a través de un perito o un medio representativo en el caso de la primera, y por lo mismo sería factible incluirla dentro de las categorías ya mencionadas y en cuanto a la segunda por ser una evidencia sobre hechos no sujetos a prueba, que ya están admitidas dentro de la mente de los juzgadores.

1.1.3.3. De acuerdo al ordenamiento jurídico

El Código Procesal Penal guatemalteco contempla en su Artículo 182 una disposición por la cual los hechos o circunstancias de interés para la correcta solución de un caso podrán ser probados por cualquier medio de prueba permitido; y en su Artículo 185 establece que incluso pueden ser utilizados otros medios de prueba no contemplados en este Código; siempre que los mismos no contravengan el ordenamiento jurídico. Dentro de los medios de prueba que se contemplan expresamente se encuentran: Testimonio, Peritación, Reconocimientos y Careos.

Otros aspectos a considerar, son por ejemplo que en materia penal, al contrario que en las demás áreas del derecho, la carga de la prueba, o sea la obligación que tienen las partes de probar sus distintas aseveraciones, opera solo en función de la parte acusadora, pues en el procedimiento común es el Estado, como ente soberano, el que debe ejercer la persecución penal, y el obligado a demostrar, que la persona que se encuentra sindicada de un delito y que según sus investigaciones fue quien lo cometió, sin olvidar que según nuestro ordenamiento todo procesado es considerado *inocente* hasta en tanto el tribunal correspondiente lo haya declarado *culpable* en

sentencia, y la misma se encuentre firme y que dicha apreciación debe hacerse más allá de toda duda, pues aunque nuestro ordenamiento no lo expresa de esa manera, al establecer que en caso de duda se debe favorecer al reo, se está afirmando que la condena solo puede emitirse cuando no exista ninguna duda razonable.

1.1.4. Valoración y sistemas de valoración de la prueba

La valoración de la prueba resulta de una operación intelectual que realiza el juzgador con el fin de determinar cuál es su utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso. En razón de ello se le define como: “La operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos.”²⁷

Cabe aclarar que si bien, la valoración de la prueba es una tarea principalmente asignada a los órganos jurisdiccionales, que exteriorizan la valoración en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso, también corresponde a las partes civiles, al querellante, al Ministerio Público y al defensor del imputado. Siendo en la fase de instrucción, o etapa de investigación, las partes tendrán la oportunidad de meritar los elementos de prueba reunidos, para tratar de demostrar que los mismos son suficientes o no para elevar la causa a juicio. Dentro de esta etapa, el ataque a la prueba obtenida ilegalmente resulta esencial para el tema de esta investigación ya que, como se fundamentará en los capítulos siguientes, las garantías procesales y los requisitos de la obtención y aportación de la prueba no son exclusivos de su incorporación en el juicio.

“Éste es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico, razonado, sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. Este examen de mérito, si bien lo realiza en definitiva el juez o tribunal al momento de decidir, siempre está precedido de la actividad crítica que las partes hacen de las pruebas, traducida en los alegatos sobre el

²⁷ Cafferata Nores, **Ob. Cit.**; pág. 46.

mérito de las mismas, colaborando de esta manera en aquél análisis.”²⁸

En lo que refiere a los sistemas de valoración de la prueba los principales son: a) de la prueba legal; b) de la íntima convicción, y c) de la libre convicción o sana crítica razonada o racional.

1.1.4.1. Sistema de la prueba legal

En el sistema de la *prueba legal*, es la ley procesal la que prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez *debe darse* por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que *no puede darse* por convencido (aunque íntimamente lo esté).

“Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo. Indudablemente, este sistema, ante el propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla, hoy en día, abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración del juez.”²⁹

A este sistema también se le denomina de prueba tasada y conforme al mismo cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados se encuentran predeterminados en la ley. “La valuación la hace el legislador de antemano recogiendo y plasmando de este modo la experiencia colectiva acumulada

²⁸ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 45.

²⁹ Cafferata Nores, **Ob. Cit.**; pág. 47.

durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba. Bajo este sistema no solamente se regula en la ley la forma de valorar la prueba sino también el objeto de la prueba, los medios por los cuales se debe obtener el conocimiento de la misma y la forma de su ofrecimiento y producción.”³⁰

1.1.4.2. Sistema de la íntima convicción

En el sistema de la *íntima convicción*, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su *leal saber y entender*. A esta característica debe agregársele otra, que es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

“Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de *arbitrariedad* y, por ende, de injusticia.”³¹

Siendo que el sistema se basa en el sistema de jurados, también presupone que el ciudadano cumplirá fielmente con sus deberes cívicos, quien, al ser convocado a integrar el jurado, decidirá no impulsado por los sentimientos y las pasiones, sino por la razón y la lógica, movido por la búsqueda de justicia. “Generalmente este sistema exige como estructura procesal coherente el juicio oral, la adopción del sistema preponderantemente dispositivo y acusatorio, y el juzgamiento de las cuestiones de hecho a cargo de un jurado integrado por legos, junto al magistrado letrado que dirige el debate y resuelve las cuestiones de Derecho.”³²

³⁰ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 48.

³¹ Cafferata Nores, **Ob. Cit.**; pág. 48.

³² Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 46.

1.1.4.3. Sistema de la libre convicción o sana crítica racional

El sistema de la *libre convicción o sana crítica racional*, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye.

“En este sistema el juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recata razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.”³³

“La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.”³⁴

“Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera el arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le

³³ Cafferata Nores, **Ob. Cit.**; pág. 48.

³⁴ **Ibíd.**, pág. 49.

impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.”³⁵

El sistema procesal guatemalteco adopta este sistema y, en el Artículo 385 del Código Procesal Penal, señala que para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada.

1.1.5. Finalidad y requisitos de la prueba

La finalidad de la prueba es concurrente con la del proceso penal, busca descubrir la verdad en la medida que sea posible y en total e irrestricto respeto al debido proceso y, por ende, a las garantías procesales que la Constitución Política de la República de Guatemala y la legislación de la materia penal reconocen y al imputado y de las cuales el Estado se erige como garante.

Es por ello que el principio de la libertad de la prueba encuentra sus límites en la vigencia de los derechos fundamentales que la *carta constitucional* reconoce a los habitantes del Estado de Guatemala. Así, la prueba, dentro del contexto del debido proceso, debe reunir las características de legalidad, pertinencia y admisibilidad.

“La prueba legal o prueba lícita es aquella evidencia que ha sido obtenida por los procedimientos y en la forma que la misma ley prescribe, es decir, con pleno respeto de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes ordinarias estableces, por lo que puede admitirse y utilizarse en juicio. En sentido contrario prueba ilegal o ilícita es aquella obtenida con violación o quebrantamiento de procedimientos, en consecuencia, con atropello de cualesquiera de las garantías procesales establecidas en la legislación,

³⁵ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 49.

es jurídicamente inaceptable, y no utilizable contra ninguna persona en juicio.”³⁶

El tema de la legalidad de la prueba y de la prueba ilegal o ilícita, será abordado en los capítulos siguientes, siendo esta la base de donde parten los argumentos que estiman que con la obtención del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) conlleva una invasión al cuerpo del sindicado y una flagrante violación a la garantía de no autoimputación que acompaña a toda persona señalada de la comisión de un delito y que es atentatoria al estado de inocencia que debe respetar el Estado.

La legalidad de la prueba encuentra su fundamento en las siguientes premisas: a) busca disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional; b) evitar que los juzgadores se conviertan en cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida, y c) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales.

En cuanto a la pertinencia de la prueba, se señala que: “Una prueba es pertinente cuando tiene relación y sirve para convencer al juzgador con respecto al hecho que se pretende probar, y es no pertinente cuando dicha evidencia no guarda congruencia con el hecho que se pretende probar o cuando siéndolo, su utilización causa daño grave a los derechos del acusado, inferior al valor probatorio que pudiera tener.”³⁷

“En relación a la admisibilidad, el Derecho evidenciario regula el principio general de que toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista una regla de exclusión. La regla de exclusión es aquella disposición del Derecho probatorio que excluye prueba pertinente, fundamentando tal exclusión en factores de falta de confiabilidad de la prueba, razones exteriores de política pública o el posible entorpecimiento o daño que dicha evidencia pudiera causar al descubrimiento de la verdad; fin último del proceso penal.”³⁸

³⁶ Jauregui, **Ob. Cit.**; pág. 34.

³⁷ **Ibid.**, pág. 42.

³⁸ **Ibid.**, pág. 43.

“En el primer caso hablamos de lo que en Derecho evidenciario norteamericanos se conoce con el nombre de *prueba de referencia*, como ejemplo del segundo los *privilegios evidenciarios*, y dentro del último grupo que se encuentra formado por toda aquella evidencia que aunque si tiene algún grado de relación con el hecho que se pretende comprobar, el juzgador considera, que de admitirse sería más grande el perjuicio que ocasionaría que su valor evidenciario en concreto, rechazarla para evitar esta eventualidad, tal el caso de la prueba acumulativa o la que crea prejuicios en el juzgador.”³⁹

En el caso de la pertinencia de la prueba, pese a que esta guarde íntima y directa relación con el hecho que se pretende probar, puede suceder que la misma sea perjudicial y violatoria a los derechos fundamentales que acompañan al sindicato. Siendo este el argumento que han sostenido los doctrinarios y las Cortes que se oponen a la toma de la prueba de ADN pues estiman que violenta dichos derechos.

³⁹ **Ibid.**

CAPÍTULO II

2. El ácido desoxirribonucleico (ADN) como prueba científica en el proceso penal

En la actualidad son innegables los beneficios de la implementación de la prueba del ácido desoxirribonucleico (ADN) como prueba científica dentro del proceso penal. Sin embargo, dicha prueba conlleva una serie de retos y compromisos (la mayoría económicos y técnicos), para las instituciones procuradoras de justicia y obliga a cuestionarse sobre los límites de la aplicación de dicha prueba al estimarse, en algunos casos, que atenta contra derechos fundamentales del procesado.

“El propósito de un Archivo de Identificación Genética o Banco de Datos de ADN, es proporcionar a la Justicia y a la autoridad policial, prueba científica para la investigación y prosecución de crímenes violentos o delitos sexuales u otros hechos delictivos en los que la evidencia biológica se recupera de la escena del hecho. Un registro de ADN es una forma objetiva y absolutamente confiable de análisis, investigación e identificación. Es una herramienta fundamental de investigación, que permite con rapidez y con exactitud científica, identificar al delincuente y esclarecer delitos. La información genética en los ámbitos de la población delictiva o infractores es utilizada en varios países con fines de investigación criminal, con significativo éxito, por cuanto coadyuva eficazmente en la lucha contra el flagelo de la delincuencia.”⁴⁰

En lo que refiere a la importancia de la prueba científica de ADN dentro del proceso penal se indica: “...la importancia de este medio probatorio resulta indudable. Los miles de pares de bases que se reparten de forma secuencial y determinada para cada persona y determinan la posibilidad de seleccionar a un único individuo de entre todos los demás de su especie si se conoce esta secuencia, han situado a la Ciencia ante la singular fortuna de hallar un factor individualizador de tal magnitud que se habla ya hoy de la *huella genética* como verdadero criterio de identificación de los seres humanos. Su utilización en el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto una

⁴⁰ *Ibíd.*

revolución en el ámbito de la biología forense y en la investigación de la autoría del delito.”⁴¹

La importancia de la prueba de ADN como mecanismo para hacer más efectivo el combate a la delincuencia ha sido acogida en convenios internacionales que, con las limitantes que le imponen otros convenios en materia de derechos humanos, han permitido la colaboración entre estados para identificar a sospechosos de la comisión de diferentes tipos de crímenes. Tal es el caso del *Convenio Europeo de Colaboración Fronteriza* suscrito entre estados de la Unión Europea, en el cual se prevé:

“*Creación de ficheros nacionales de análisis del ADN.* (1) Las Partes Contratantes se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. El tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros en virtud del presente Tratado se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento, sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado.”⁴²

En lo que refiere al debate sobre si la prueba de ADN conlleva violaciones a los derechos humanos, existen abundantes posturas pero parece que hay comunión en considerar que es *un mal necesario* (en lo que refiere a la invasión de la privacidad del individuo y otros derechos) en beneficio de un bien superior: la justicia (y, por ende, del bien común).

⁴¹ Moreno Verdejo, Jaime, **ADN y proceso penal**, <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf>, (02 de enero de 2007), págs. 1801 y 1802.

⁴² **Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal.** En: <http://www.lexureditorial.com/boe/0612/22583.htm>

“Dado que la información genética está garantizada en los catálogos de derechos humanos como parte de la privacidad del individuo o, más bien, dentro de la intimidad en sentido estricto, y si, además, se resguarda a su titular frente al tratamiento que de ella pueda realizar un tercero que administre las bases de datos que contienen las huellas genéticas —gracias al reconocimiento de un derecho fundamental específico para la protección de datos de carácter personal—, cabe concluir que la recolección, conservación y procesamiento de los resultados de muestras de ADN bajo estos registros, importan una intromisión en el ámbito en que el individuo está facultado y amparado para mantener la reserva. Y si a ello agregamos que para recoger las muestras que generarán los datos del registro, en ocasiones resulta necesaria una intervención corporal previa, demostrativa de una clara injerencia en la intimidad personal y corporal, en la dignidad de la persona, y en la integridad física y psíquica del individuo, vemos reforzado nuestro argumento.”⁴³

“Ahora bien, en nuestra afirmación inicial hemos incorporado una alusión expresa a la sociedad democrática, por considerarlo el entorno político dentro del cual se admiten estos derechos constitucionales. Sin embargo, la relación entre una sociedad democrática y el reconocimiento de los derechos fundamentales no resulta del todo fácil, sobre todo cuando la comunidad política, representativa de los individuos, es capaz de afectar el contenido de tales derechos imponiendo limitaciones. En tales circunstancias, ciertos intereses individuales garantizados con determinados derechos pueden ceder ante intereses generales y públicos, si la voluntad del pueblo se pronuncia a favor de ello, impidiendo excepcionalmente que su titular pueda exigir a terceros el respeto de su ejercicio.”⁴⁴

El autor español Tomás López-Fragoso Álvarez, plantea la posibilidad de colisión entre la recolección del ADN (por ser una intervención corporal), y consiguiente prueba científica, con diversos derechos fundamentales del procesado: “Constituyendo las

⁴³ Herrera Bravo, Rodolfo, **Los registros de ADN y los derechos constitucionales**, <http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Herrera%20Bravo,%20Rodolfo.pdf>, (02 de enero de 2007), pág. 14.

⁴⁴ **Ibíd.**

intervenciones corporales una restricción de importantes derechos fundamentales, cabe plantearse en primer lugar la posibilidad de realizar válidamente en nuestro sistema jurídico tales intervenciones. Estas medidas restrictivas pueden afectar a los siguientes derechos fundamentales: dignidad de la persona; integridad física y moral y prohibición de tratos inhumanos y degradantes; derecho a la libertad; derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, y, derecho a la intimidad personal.”⁴⁵

Conforme al contenido de esta investigación, pretendo responder si es justificable disminuir ciertos derechos fundamentales de las personas con el fin de potenciar un derecho tan sentido como los es el de la seguridad. Siendo que, en ese sentido, las opiniones se encuentran divididas pero todas llaman a ser cautelosos pues las consecuencias pueden ser catastróficas:

“En definitiva, estas medidas restrictivas de derechos del individuo pueden gozar de legitimidad y constituir un aporte para la sana convivencia social. Sin embargo, previo a imponerlas es preciso reflexionar sobre el equilibrio de tales injerencias, porque una aplicación excesiva, contraria a derecho, avalada por la ciudadanía y sus autoridades, no haría más que dirigir a la sociedad por un falso camino de seguridad cuyo precio incide en la dignidad del hombre y el entorno de libertad de sus acciones, lo cual ha sido correctamente sentenciado por Benjamín Franklin al señalar: *Los que cambian su libertad por su seguridad no merecen libertad ni seguridad*. No sea que las propias ovejas estén permitiendo al pastor despellejarlas.”⁴⁶

⁴⁵ López-Fragoso Álvarez, Tomás, **Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN**, pág. 227.

⁴⁶ Herrera Bravo, **Ob. Cit.**; pág. 18.

2.1. La toma de ADN como prueba pericial y la actitud de las partes frente a la misma

Conforme el Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro del proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma. Dicho Artículo contiene lo que la doctrina conoce como el *principio de incoercibilidad del imputado*⁴⁷, que implica la imposibilidad de influenciar, de cualquier modo, al imputado para obtener que él suministre prueba en su contra. El imputado aportará material probatorio a su favor o en su contra sólo voluntariamente, tomando la decisión libremente sin coacción de ninguna naturaleza; no es permisible de manera alguna constreñirlo a brindar información, porque nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo: *nemo tenetur se ipsum accusare*.⁴⁸

El principio de incoercibilidad del imputado resulta ser una garantía constitucional que implica que, de la actitud pasiva del imputado con respecto al aporte de información o prueba no se puede extraer ninguna presunción en su contra.

“Ninguna inferencia que lo perjudique directa o indirectamente puede hacer el juez en la sentencia partiendo de la conducta negativa del imputado de manera tal que ésta se erija como una prueba de cargo. Se desprende entonces que el mismo no está obligado, en principio, a cooperar con la realización de ninguna peritación; sólo podrá hacerlo libre y espontáneamente. Y de esa falta de colaboración no se podrá derivar ninguna presunción en su contra.”⁴⁹

Cuando el autor citado señala que el imputado no está obligado *en principio*, a colaborar con ninguna peritación y que, de dicha negativa, no podrá inferirse en su perjuicio, evidencia que ello solamente es procedente cuando el imputado no esté obligado a coadyuvar con la peritación. Siendo que el imputado no está obligado

⁴⁷ Cf. Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 429.

⁴⁸ Principio jurídico que se traduce: “nadie está obligado a acusarse a sí mismo”. Tomado de: Segura Munguía, Santiago, **Frases y expresiones latinas de uso actual**, pág. 99.

⁴⁹ Jauchen, **Ob. Cit.**; pág. 430.

cuando se lo tome como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien con su relato o actitud puede suministrar información o pruebas para el esclarecimiento de la verdad. Y sí lo está cuando él mismo con su persona sea el portador material del elemento probatorio.

Lo anterior es así porque el imputado no es sujeto de prueba sino que resulta ser objeto de prueba. Su libre determinación y voluntaria ayuda es garantizada cuando puede aportar, con su conocimiento u obrar, datos o elementos que orienten la investigación, pero no cuando él mismo es el investigado en su persona física por contener intrínsecamente la prueba, como en el caso en que se necesite efectuarle una extracción de sangre, de cabello o sea menester someterlo a un reconocimiento en rueda de personas, requisita personal, o a una inspección corporal o mental para verificar la existencia de cicatrices o estados psíquicos.

Eduardo Jauchen estima que, cuando el imputado sea portador de materia probatorio, éste sí puede ser compelido físicamente amén de lograr la obtención de la materia probatoria. “En estos casos puede ser forzado para lograr el examen, y el límite con que se deberá operar esta fuerza lo determinará la naturaleza de la circunstancia, tomando como parámetro la prohibición de poner en peligro la vida o la salud, y la imposibilidad extrema derivada de su resistencia total. Se concluye que son supuestos en los que por estar obligado a prestarse al acto que resulta necesario para que la pericia pueda posteriormente realizarse, su actitud reticente y su falta de cooperación puede luego ser tomada como elemento indiciario en su contra; no le está, por ende, vedado al juez poder extraer una presunción desfavorable en estos casos.”⁵⁰

“No obstante, conforme al principio de investigación integral deberá procurar obtener el conocimiento de los motivos reales de la resistencia del imputado para la pericia, pues no necesariamente puede obedecer dicha actitud a un sentimiento de culpabilidad, sino a otros motivos que operen como prioritarios en la mente del

⁵⁰ *Ibíd.*, 431.

imputado a pesar de su real inocencia.”⁵¹

Auque, a priori, fuere razonable y pareciera suficiente el establecer la diferencia en cuanto a la alternancia que puede acontecer al considerar al imputado como sujeto u objeto de prueba; Y derivar de dicha división la procedencia o no de una intervención corporal, la situación, como se verá, no resulta ser tan obvia ni sencilla. En estos casos entran en colisión, al menos de forma aparente, diversos derechos y garantías constitucionales que le asisten al imputado, siendo que estas colisiones serán atendidas en los capítulos siguientes, basta aquí con hacer esta aclaración.

2.2. Nociones generales sobre el ácido desoxirribonucleico (ADN)

En este apartado, pretendo proveer a la investigación de un marco teórico básico referido a comprender qué es el ácido desoxirribonucleico y sus bondades como prueba pericial.

“ADN son las iniciales de ácido desoxirribonucleico. Es el componente químico primario de los cromosomas; el material del cual están formados los genes. En las bacterias el ADN se encuentra en el citoplasma, mientras que en organismos más complejos y evolucionados, tales como plantas, animales y otros organismos multicelulares, la mayoría del ADN reside en el núcleo celular. Su función es dictar las instrucciones para fabricar un ser vivo idéntico a aquel del que proviene.”⁵²

El ADN tiene las siguientes propiedades: a) Capacidad para contener información en lenguaje codificado: es la secuencia de pares nucleótidos; b) Capacidad de replicación: dar origen a copias iguales, y c) Capacidad de mutación: justificando los cambios evolutivos.

⁵¹ **Ibid.**

⁵² Fernández Álvarez, Belén María, **El ADN desde una perspectiva penal**, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200612-11156578461200.html> (15 de julio de 2008), pág. 1.

Así, cuando se habla de ADN o ácido desoxirribonucleico, se hace referencia a una macromolécula maestra en la cual están codificadas instrucciones que requieren las distintas clases de células para producir diferentes proteínas, y cuya importancia radica en que con ello "...hace posible generar células y organismos enteramente similares y así establecer la herencia entre seres vivientes homólogos"⁵³.

Además, la secuenciación de las bases que forman este polímero —identificadas con las letras A (adenina), G (guanina), C (citosina) y T (timina)—, es decir, el orden en que están escritas en los 23 cromosomas del ser humano, abre enormes proyecciones en el campo terapéutico, por ejemplo vinculadas al envejecimiento o las enfermedades hereditarias. Sin embargo, el desciframiento del genoma humano también da pie a un complejo debate ético y, por supuesto, jurídico, en relación con algunas aplicaciones de la información que se obtiene, aunque no entraré en él por exceder con mucho nuestro estudio centrado en la intimidad genética de delincuentes.

"Los exámenes de ADN constituyen pericias científicas realizadas sobre muestras biológicas que contienen estas moléculas, destinadas a determinar secuencias exclusivas de una persona. Como resultado de lo anterior, se forma una *huella genética* del individuo, que en el ámbito forense se contrasta con aquella hallada en el lugar de comisión de los hechos punibles o en la propia persona o ropas de la víctima, y cuando coinciden es posible concluir el grado de probabilidad de la autoría del sujeto de quien proceden las muestras."⁵⁴

Tales resultados, una vez digitalizados, se pueden almacenar en bases de datos automatizadas. En ellas se trata información de diferente categoría, sea referida a delincuentes individualizados genéticamente, a evidencias encontradas en el lugar del delito o, incluso, a la información genética de las víctimas. Por lo tanto, no hay duda que los datos que se recolectan en estos ficheros son de carácter nominativo, ya que

⁵³ Perretta Paiva, Marco, **El genoma humano, Los derechos de la persona que está por nacer**, pág. 21.

⁵⁴ Herrera Bravo, **Ob. Cit.**; pág. 2.

conciernen a personas naturales o físicas identificadas o identificables y, por ende, su tratamiento debe ser respetuoso de las normas sobre protección de datos de carácter personal.

Sin perjuicio de lo anterior, el cúmulo de datos personales arrojados por un examen de ADN también es diverso, y aunque en algunas ocasiones podrán ser de mera identificación, como es el caso del nombre, sexo o edad, y la posibilidad de tratamiento no reciba mayores trabas, en otras pueden ser datos sensibles referidos a la salud y de cuyo análisis es posible confeccionar perfiles y realizar valoraciones de la personalidad del individuo que fácilmente pueden derivar en discriminaciones arbitrarias o clasificaciones odiosas, lo cual exige una protección especial, un refuerzo en la tutela.

“De hecho, las leyes de protección de datos personales suelen responder prohibiendo el tratamiento de los datos sensibles, salvo que la ley o el consentimiento expreso del titular dispongan lo contrario.”⁵⁵

Finalmente, cabe agregar que el código genético de las personas es único, exclusivo y excluyente, lo que permite identificarlas con certeza, y está presente en todas sus células, por ínfimo que resulte el material corporal sobre el que se realiza la prueba, debido a que el ADN de todas ellas es el mismo. Además, la aplicación de esta prueba puede ocurrir transcurrido largo tiempo desde que se recogen las muestras, siempre que sean favorables las condiciones de conservación. De ahí el enorme interés en disponer de un sistema de información genética para la investigación forense.

“Cabe destacar la singular preocupación con que recientemente se ha abordado en el plano internacional el tema de los análisis de ADN. Tanto el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997) del Consejo de Europa, como la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), hacen constante referencia, en su articulado y Preámbulos a la

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 3.

dignidad humana como límite infranqueable en las prácticas que recaen sobre el material genético. Las razones no pueden ser más obvias, el carácter sensible del material que se maneja, la posibilidad de obtener la más privada información a partir de dicho material, las repercusiones que la manipulación de dicho material puede tener sobre la salud y el código genético del individuo y otras, que incluso, pueden resultar todavía desconocidos en la actualidad permiten poner de relieve la existencia de auténticos peligros cuando se plantea el tema de la genética. Eser destaca que 'de la misma forma con que, por una parte, se celebra eufóricamente los progresos de esta Biotecnología son inquietantes, por otra, los peligros que pueden derivarse de la genética humana moderna y que puede reclamar, dado el caso, las medidas oportunas de aseguramiento'.⁵⁶

Por lo anterior, junto con el carácter pericial propio de las técnicas de ADN, es que los análisis genéticos y su aplicación forense son calificados como auténticas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, pero no necesariamente violatorias a los mismos. Por constituir, estas diligencias, medidas restrictivas de derechos fundamentales, es que resulta imprescindible que las mismas sean ordenadas por el ente jurisdiccional competente, quien debe velar por que los derechos fundamentales del sindicado sean afectados lo menos posible y estrictamente en la manera que sea necesaria.

2.3. Actos de investigación y actos de prueba

Como ya lo he expuesto, en el primer capítulo de esta investigación, por prueba entiendo aquella actividad que los sujetos de un proceso realizan, bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, en el juicio oral ante el órgano jurisdiccional con el fin de lograr la convicción del juzgador sobre la veracidad de las afirmaciones de hecho de las partes; Y, por actos de investigación penal entiendo a aquella actividad que diversos sujetos, como pueden ser la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público y los jueces de instrucción, realizan en la fase de investigación de un proceso penal con

⁵⁶ Fernández Álvarez, **Ob. Cit.**; pág. 3.

el fin de comprobar o averiguar la realización de hechos delictivos y a sus autores. Siendo evidente su diferencia estructural, aunque externamente ambas actividades puedan parecer idénticas.

“A un experto científico puede parecerle que de hecho realiza la misma actividad cuando informa sobre un hecho investigado por él a los fines de averiguar alguna circunstancia del hecho delictivo perseguido penalmente, a cuando ese informe constituye una prueba pericial. Pero, jurídicamente, la investigación se dirige a descubrir o comprobar hechos, mientras que la prueba lo que intenta es lograr la convicción del juez sobre la veracidad de los hechos afirmados por las partes.”⁵⁷

Mientras que la prueba tiende a posibilitar la destrucción de la presunción de inocencia, y con ello alcanzar una sentencia condenatoria; Los actos de investigación tienden a lograr la acusación y la defensa. Naturalmente que la distinción jurídica entre actos de mera investigación y actos de prueba se basa en el propio sistema procesal penal, como sistema acusatorio-formal, y así en los principios que lo informan. La prueba ha de realizarse en el juicio, por lo tanto, en un juicio concentrado, informado por la contradicción y la igualdad de las partes, siendo valorada por el juzgador.

“Por ello, se ha de distinguir entre el juez sentenciador y el juez investigador, teniendo que practicarse las pruebas ante el juez sentenciador, basando éste su convicción, y así la posible condena, en las pruebas practicadas. Las pruebas biológicas, como pruebas periciales científicas, tendrían, por lo tanto, que realizarse en el juicio oral de un proceso penal, independientemente de haberse podido efectuar con anterioridad, en la etapa instructoria (sumario o diligencias previas), determinados actos de investigación periciales.”⁵⁸

Pero las pruebas periciales científicas que tienen por objeto modernas técnicas de investigación como es el caso de la identificación por el ADN, por sus propios

⁵⁷ López-Fragoso Álvarez, **Ob. Cit.**; pág. 226.

⁵⁸ **Ibid.**

condicionamientos, van a exigir que se permita una excepción a las reglas sobre las pruebas en el proceso penal. Y dicha excepción, también admitida para otra serie de actos que se desarrollan en la fase de investigación de un proceso penal, constituye un supuesto de la denominada *prueba anticipada o preconstituída*. De tal manera que determinados actos de investigación, que por su propia naturaleza no pueden ser realizados en el juicio oral, podrán, no obstante, obtener la naturaleza de actos probatorios, siempre que se garantice la contradicción de las partes mediante su reproducción en el juicio oral.

2.4. El ADN como prueba dentro del proceso penal

Dentro del proceso penal, la prueba de ADN se viene a incorporar como prueba pericial que, conforme he expuesto, posee un alto valor de certeza para identificar a los individuos vinculados en diferentes situaciones de las que se ocupa la materia penal. Es por ello que la implementación de esta prueba ha generado diversos aspectos que son necesarios tener en cuenta al momento de nominar los beneficios de la misma en relación no sólo al proceso penal sino al respeto a los derechos fundamentales que le asisten al sindicado.

El primer punto respecto de la prueba de ADN es que resulta ser un medio probatorio indudable. “Los miles de pares de bases que se reparten de forma secuencial y determinada para cada persona y determinan la posibilidad de seleccionar a un único individuo de entre todos los demás de su especie si se conoce esta secuencia, han situado a la ciencia ante la singular fortuna de hallar un factor individualizador de tal magnitud que se habla ya hoy de la *huella genética* como verdadero criterio de identificación de los seres humanos. Su utilización en el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto una revolución en el ámbito de la biología forense y en la investigación de la autoría del delito.”⁵⁹

⁵⁹ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; págs. 1801 y 1802

Los avances científicos han incidido notablemente en el enfoque de los problemas jurídicos que rodean esta prueba. El desarrollo tecnológico y científico en esta materia ha supuesto, por una parte, una ampliación de las posibles muestras de las que se puede efectuar un análisis de ADN, algunas de ellas de bastante fácil obtención, y, de otra parte, que el análisis pueda proporcionar un número de datos cada vez más precisos y numerosos, por lo que debe concluirse en que el peligro de vulneración de los derechos fundamentales se sitúa no tanto en la obtención de las muestras sino en el alcance de los datos que se obtengan por medio del análisis y la difusión de los mismos.

El ADN como intervención corporal. “Dentro del amplio concepto de intervenciones corporales encajan actuaciones tan diversas y con tan distinto contenido invasivo como la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, el cacheo externo, extracción de orina, un examen radiológico, y algunas otras medidas que podrían afectar gravemente a la salud. Es evidente que no puede construirse un régimen común a medidas tan variopintas. Por otra parte, los derechos fundamentales que pueden estar afectados son muy variados y cambian según el tipo de medida a la que nos enfrentemos. Estamos en una auténtica encrucijada de derechos fundamentales que pueden verse concernidos.”⁶⁰

Marina Gascón Abellán, al reflexionar respecto de las pruebas científicas, resalta algunos puntos relacionados a la prueba de ADN a la que considera como la que, dentro de este tipo de pruebas, ha alcanzado la más alta fiabilidad y prestigio. Dentro de los aspectos que la autora resalta, se encuentran:

- **Importancia de la prueba**

El rendimiento de la prueba de ADN radica en que los miles de pares de bases que se reparten de forma secuencial y determinada para cada persona

⁶⁰ Del Moral García, Antonio, **Intervenciones corporales**, pág. 22.

permiten seleccionar a un único individuo entre todos los de su especie si se conoce esa secuencia. No en vano para referirse a este factor individualizador se habla hoy de *huella genética*, pues constituye un criterio absolutamente fiable de identificación de los individuos.

“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.”⁶¹

- **Aplicaciones posibles**

“El potencial de la huella genética es de tal magnitud que su uso en los tribunales se ha convertido ya en moneda corriente. Son muchas las posibles aplicaciones forenses de la prueba, aunque los tipos de pericias más comunes son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como manchas de sangre, saliva, espermatozoides o pelos.”⁶²

En los últimos años, además, se han ido desarrollando nuevas tecnologías de identificación por ADN que han permitido extender la prueba a muestras que hasta ahora no podían ser objeto de la misma. Y, por otra parte, las intervenciones precisas para la obtención de muestras para la práctica de un análisis de ADN son cada vez menos invasivas, lo que desde el punto de vista jurídico facilita la práctica de la prueba.

- **Fiabilidad**

“La importancia de la prueba en el ámbito forense reside también (y sobre todo) en su elevadísimo grado de fiabilidad. Muy resumidamente, aunque en

⁶¹ Gascón Abellán, Marina, **Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN**, <http://www.uv.es/CEFD/15/gascon.pdf> (02 de enero de 2007), pág. 2.

⁶² *Ibid.*, pág. 3.

rigor la prueba es básicamente de naturaleza estadística, si se realiza en condiciones empíricas óptimas y utilizando métodos científicamente adecuados sus resultados pueden asumirse —en la mayoría de los casos— como incuestionablemente verdaderos. Si, por el contrario, el método y técnicas usadas y/o las condiciones de realización no son las apropiadas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye hasta incluso anularse.”⁶³

En definitiva, la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por descontado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad.

- **Validez de la prueba**

Para ver con más claridad cuáles son las condiciones de validez de la prueba (o de fiabilidad de sus resultados) puede ser útil reconstruirlas a través de las distintas etapas o pasos de la prueba: 1) recogida de muestras; 2) análisis en laboratorio para comparar los perfiles genéticos; 3) valoración probabilística de los resultados, y 4) emisión del informe final.

2.5. La intervención corporal para toma de muestras de ADN

El tema de las intervenciones corporales, por implicar una invasión al cuerpo de las personas generalmente sindicadas dentro de un proceso, es común que sea abordado desde la perspectiva de la disminución de los derechos fundamentales que le asisten a todo sindicado.

“Las intervenciones corporales, en cuanto medidas restrictivas de determinados derechos fundamentales, consistentes en medios de investigación o de adquisición de fuentes de prueba que tienen por objeto el cuerpo de las personas con el fin de poder

⁶³ *Ibid.*, pág. 13.

perseguir eficazmente hechos delictivos de especial importancia, vienen a constituir, en la mayoría de las ocasiones, un requisito para poder realizar una prueba biológica. Ello es evidente en los casos de identificación por el ADN, la cual exige una intervención corporal, aunque sea mínima, con el fin de obtener una muestra de ADN que pueda compararse con el indicio encontrado en el lugar del crimen o la persona agraviada por el delito.”⁶⁴

Las intervenciones corporales constituyen una restricción de importantes derechos fundamentales que, comúnmente, el sindicado suele argüir cuando se opone a ser objeto de la intervención. Pese a que los derechos fundamentales que se encuentran vinculados directamente con la toma de la prueba de ADN (entendida, en este caso, *prueba* como pericia) son analizados en los siguientes capítulos, es prudente indicar que estimo que si bien la intervención corporal implica una disminución —no una violación— a los derechos fundamentales del sindicado, la misma es procedente dentro del esquema de un Estado constitucional de Derecho, únicamente cuando se cumplan los principios del debido proceso y se haga prevalecer el bien común.

En esto parecen estar de acuerdo la mayoría de doctrinarios, en donde se bifurcan las opiniones es en lo relativo a si, ante la oposición del sindicado, es legítima la coacción para obligar a que se realice la intervención corporal. “En definitiva, las intervenciones corporales, aun restringiendo importantes derechos fundamentales, encuentran acomodo en nuestro derecho positivo, respetando importantes garantías, entre las que destaca el respeto al principio de proporcionalidad. Pero una cosa es que se estimen legítimas las intervenciones corporales en general, y otra que éstas puedan practicarse coactivamente, esto es, mediante el uso de la fuerza. En el derecho comparado sí se reconoce esta posibilidad de imposición coactiva de una intervención corporal. Así, por ejemplo, en el derecho procesal penal alemán, donde su Código procesal penal, en el párrafo 81 obliga al inculcado a tolerar este tipo de investigaciones corporales, aunque sin tener que prestar una colaboración activa en la

⁶⁴ López-Fragoso Álvarez, **Ob. Cit.**; pág. 227.

misma, aunque, siempre que tales actos no atenten contra la salud, los inculpados pueden verse sometidos a ellos, aun sin su consentimiento.”⁶⁵

En el caso de la toma del ADN, esta puede ser de manera directa o indirecta, teniendo ambas diferentes grados de confiabilidad. En el caso de la toma indirecta, es posible eludir una intervención corporal para toma de muestras (lo que denominaremos toma directa de muestras, por ejemplo a través de una extracción de sangre) a través de la colecta de vestigios personales en los que se contienen células de las que pudiera obtenerse ADN y que no precisan de su colaboración para ser tomadas (toma indirecta de muestras, que no exige intervención corporal, así: células contenidas en una colilla, en un vaso, en un pañuelo, en ropa interior, etc.).

Cuando la muestra de ADN se obtiene a través del cumplimiento de la orden judicial de entrada y registro en el domicilio del sospechoso o en su lugar de trabajo o en cualquier otro, si bien se evita la intervención corporal, también es cierto que se disminuye la fiabilidad de la correspondencia de la muestra con respecto a la identidad del sospechoso.

“En estos casos pueden originarse dificultades por las dudas sobre la fiabilidad de la prueba derivadas de varios factores: la posible dificultad para establecer la identidad de la muestra con el «muestreado» (piénsese en el supuesto de que la vivienda del sospechoso donde se recogieron efectos personales fuera habitada por varias personas o que se introdujera la duda acerca de la pertenencia de la muestra a un visitante ocasional de la vivienda); también por la posible interferencia en el análisis de determinados factores que inciden en la muestra por el modo de la toma (suscitando el problema de la contaminación de la muestra o de la muestra degradada). En definitiva, este tipo de análisis sobre muestras obtenidas sin el consentimiento del sospechoso a través de la localización de «excrecias» suyas, puede resultar simple en su práctica o realización, pero complicado en su valoración ante la previsible

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 228.

existencia de dudas multiplicadas por la acción de la Defensa sobre la identidad y fiabilidad del análisis.”⁶⁶

Así, la toma de muestras puede resultar de interés que se efectúe de una determinada manera (toma directa o corporal) que asegure en mayor medida su identidad y sus condiciones, factores que de no concurrir en igual proporción en una colecta de vestigios (toma indirecta de muestras) pueden dar lugar a un juicio positivo de proporcionalidad sobre la consideración de la necesidad de una toma directa de muestras del cuerpo del sospechoso.

Es por ello que se ha considerado que puede ser necesaria la toma de muestras aún contra la voluntad del sindicado ya que, en ocasiones, no será suficiente con muestras que pudieran ser tomadas sin dicha voluntad.

⁶⁶ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; págs. 1811.

CAPÍTULO III

3. Los derechos fundamentales que le son inherentes a todo sindicado

El Estado, desde su configuración primigenia —el Estado antiguo— hasta la consolidación del Estado moderno —con las revoluciones liberales—, ha tenido que convivir con el lastre del abuso del poder. Por ello, en el Estado moderno y democrático, la limitación al ejercicio del poder público y la reserva de una esfera de derechos inviolables al individuo, han sido y son una de las garantías que permite hacer viable la convivencia social.

Es por ello que las doctrinas de los derechos humanos y su consagración en las cartas constitucionales como derechos fundamentales, han hecho posible que toda persona que es sometida a proceso penal pueda guardar su estado original de inocencia y defenderlo frente al Estado, siendo este último el obligado a probar la participación del sindicado en los hechos que se le imputan, y no a la inversa, como resulta en una lamentable práctica judicial, en la que es el sindicado quien debe demostrar su inocencia.

Así, los derechos fundamentales se erigen como la barrera que, en teoría, debe evitar que el Estado vulnere las prerrogativas que acompañan a toda persona. Revistiendo de suma importancia dentro del desarrollo de todo proceso penal, y vinculados de manera directa a esta investigación, los derechos a ser tratado como inocente, a no ser vulnerado injustificadamente en su libertad, dignidad e integridad.

3.1. Los derechos humanos

En el contexto del moderno modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, los derechos humanos son una parte fundamental del mismo. Los términos derechos humanos y derechos fundamentales, se suelen utilizar de manera indiferente; Sin embargo, es prudente distinguir que los mismos, si bien no son opuestos, tampoco existen una total identidad entre ellos.

Puntualmente señalaré que los derechos humanos son aquellos derechos que se reconocen como inherentes a la persona humana y cuyo reconocimiento a partido de doctrinas filosóficas y del derecho pacticio internacional. Los derechos fundamentales, resultan, emergen de dichos derechos humanos y constituyen parte de ese catálogo que ha sido reconocido por los estados en sus constituciones políticas.

Por lo expuesto, primariamente aproximaré una definición de derechos humanos y luego, en el entendido de que no son contradictorios sino género y especie, abordaré el tema de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce a los detenidos, ello con el fin de evaluar y diagnosticar si ante la toma de la muestra de ADN se violan uno o algunos de los derechos que se enumerarán.

“Los derechos humanos se definen de acuerdo a la perspectiva filosófica de donde emergen, la visión política que los legitima y la óptica jurídica que los codifica y los hace exigibles. Desde el punto de vista filosófico, son principios rectores que configuran la visión del ser humano en la filosofía contemporánea. Tales principios se consideran atributos inherentes a la persona, de ahí que su negación conduzca a la negación de la persona en sí misma considerada. De acuerdo con esta concepción, los derechos humanos son inalienables e intransferibles. Son derechos subjetivos.”⁶⁷

Estos principios, enfocados políticamente, por ser atributos de esencia de la especie humana, son también principios rectores de la democracia y le imprimen sentido a la función del Estado; de ellos emana la legitimidad del Estado social de Derecho. El ser humano es la fuente del poder y de la soberanía a partir del momento en que se adoptó la cosmovisión del ser libre e igual en dignidad y derechos. Por esta razón una de las primeras manifestaciones de las revoluciones demoliberales fue la consagración de los derechos del hombre y del ciudadano. Desde este punto de vista, los derechos humanos son el factor determinante de las políticas públicas y debería ser

⁶⁷ Galviz Ortíz, Ligia, **Comprensión de los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI**, pág. 63.

el eje de los planes generales de desarrollo.

“Desde el punto de vista jurídico los derechos humanos forman parte de los derechos positivos. Primero, porque son predicables de la persona como prerrogativas inherentes, como facultades cuya titularidad es irrenunciable y, por consiguiente, se puede y se debe exigir su respeto, garantizar su ejercicio y sancionar a quienes los conculquen. Segundo, porque ellos conforman un catálogo de normas codificadas en los sistemas nacionales, regionales y en el sistema internacional y constituyen una parte fundamental del derecho internacional expresada en los pactos y convenios internacionales de donde derivan las obligaciones de los Estados. En los ordenamientos nacionales se establecen en la Constitución y en las leyes.”⁶⁸

Los derechos humanos se expresan en normas sustantivas que contienen los derechos y las libertades inherentes al ser humano y que son los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Encontramos también normas de carácter procedimental que definen las formas contempladas por la ley para reivindicar los derechos cuando son conculcados; Las leyes también establecen los mecanismos de aplicación, es decir, las instancias judiciales ante las cuales se hacen respetar los derechos humanos.

Pese a que se ha evidenciado que los derechos humanos poseen tres concepciones básicas desde donde se pueden entender y manifestar, estimo prudente el enunciar algunas definiciones y sus características para poder entrar al desarrollo de los derechos fundamentales que le asistente a todo sindicado, dentro del contexto del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Hugo J. Lorenzo, al definir los derechos humanos, indica que estos integran una órbita propia del ser humano. Además constituyen: “Un conjunto de facultades y atribuciones de la persona humana, que son connaturales a su ser como persona y

⁶⁸ *Ibíd.*, págs. 63 y 64.

anteriores a toda norma creada por el Estado o cualquier otra estructura social.”⁶⁹

Pérez Luño indica que los derechos humanos son: “...un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”⁷⁰

También se ha indicado que los derechos humanos: “Se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre como son el respeto a la vida, dignidad y libertad. Corresponden a los derechos del hombre proclamados por la corriente iusnaturalista del siglo XVIII en Francia. Se conciben con el carácter de irrenunciables, intrasmisibles y superiores al Estado y a todo orden normativo positivo en la famosa Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789.”⁷¹

De la lectura de las definiciones expuestas, puedo concluir que las características que emergen de las mismas, para los derechos humanos, son las de universalidad e indivisibilidad, interdependencia, interrelación, exigibilidad y su doble faceta de derechos individuales y colectivos.

3.1.1. Universalidad e indivisibilidad

Son características de los derechos humanos la universalidad y la indivisibilidad. Éstos son principios rectores predicables para todos los seres humanos porque forman parte de su esencia como miembros de la especie. Por consiguiente, se aplican a todas las personas, los grupos y los pueblos sin distinciones adjetivas de ninguna naturaleza.

Este principio se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales, mediante norma expresa que

⁶⁹ VV. AA., **I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos**, pág. 369.

⁷⁰ Pérez Luño, Antonio E., **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, pág. 48.

⁷¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, **Diccionario de Derecho constitucional, garantías y amparo**, pág. 463.

afirma que los derechos consagrados se aplican a todas las personas, sin consideración alguna por cuestiones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición.

“La universalidad de los derechos humanos es la negación de la discriminación en todas sus manifestaciones. Esta práctica es un modo de ser enraizado en la sociedad que todos los Estados se han comprometido a erradicar mediante la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos con criterio universal. Pero aún está presente en todas las sociedades y se expresa en diferentes formas, de las cuales la más grave en las sociedades europeas es la xenofobia. La conciencia colectiva todavía está signada por el sentimiento de la desigualdad que induce a la realización de comportamientos discriminatorios. Esta discriminación oculta es el obstáculo por excelencia para la aplicación del principio de la universalidad de los derechos humanos. La discriminación no se puede erradicar con la simple adopción de normas para combatida. Es necesario llegar a la conciencia individual y colectiva para modificar las convicciones basadas en la desigualdad y en la intolerancia.”⁷²

3.1.2. Interdependencia

Los derechos humanos son interdependientes porque todos ellos son predicables de la persona y se establecen en función del respeto debido al ser humano en virtud de su esencia y como el conjunto de condiciones mínimas para garantizar su existencia y la continuidad de la especie. No hay jerarquía en el reconocimiento de los derechos humanos, ni derechos dignos de mejor tratamiento que otros. Todos ellos son fundamento de la existencia y son necesarios para mantener la calidad de vida de todos los seres humanos.

La interdependencia garantiza el tratamiento horizontal de todos los derechos; este principio recuerda a los Estados la necesidad de abordar su tratamiento de manera

⁷² Galviz Ortíz, **Ob. Cit.**; págs. 65 y 66.

integral y crear las condiciones para la vigencia de todos los derechos haciendo énfasis en su interdependencia.

“La interdependencia no puede ser considerada como argumento para justificar la ineficiencia del Estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. En ninguna instancia internacional y en ninguna teoría o doctrina es aceptable que la incapacidad del Estado para tomar las medidas necesarias para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales sea argumento para justificar la violación de los derechos civiles y políticos, o a la inversa. Todos los derechos humanos son de obligatorio cumplimiento, aun cuando los derechos civiles y políticos sean de exigibilidad y aplicación inmediatas, y los económicos, sociales y culturales de aplicación progresiva. Apenas se están estableciendo los mecanismos que los hagan exigibles. Estas consideraciones son aplicables a la indivisibilidad de los derechos humanos, por cuanto todos conforman el catálogo de prerrogativas que hacen posible la garantía de un nivel de vida justo y adecuado a las necesidades globales del individuo.”⁷³

3.1.3. Interrelación

Todos los derechos humanos están interrelacionados. El objetivo de la vigencia de los derechos humanos es el respeto a la vida y la mejora de la calidad de vida de todos los seres humanos. Por esta razón, las acciones encaminadas a alcanzar su vigencia deben manejarse con el criterio de la interrelación que existe entre el derecho a la vida y la garantía de las condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales, para asegurar la calidad de vida que merecen todos los seres humanos.

“Desde el surgimiento de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, la comunidad internacional ha afirmado esta característica que determina la forma de acción de los Estados en tomo a la definición de las políticas y programas en este campo. La Declaración universal proclamó un solo catálogo de derechos civiles,

⁷³ **Ibid.**, pág. 66.

sociales, políticos, económicos y culturales. Ante la imposibilidad de elaborar un solo pacto, son varios los Artículos comunes establecidos en los dos pactos con el fin de mantener la interrelación entre todos los derechos. A los derechos que surgieron con la Carta internacional de derechos humanos y con los sistemas regionales, se suman los derechos colectivos como el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz, que están surgiendo a la vida jurídica como derechos humanos susceptibles de ser consagrados mediante convenios internacionales. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable definido en la Declaración de 1986 y en la Declaración y Programa de acción de Viena de 1993.”⁷⁴

3.1.4. Exigibilidad

“No todos los derechos humanos tienen el mismo grado de exigibilidad. Son exigibles en grado sumo los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. El derecho al desarrollo es exigible porque es un derecho humano inalienable pero aún no cuenta con normas exigibles y mecanismos de aplicación. Los derechos ambientales apenas inician su proceso de consolidación como derechos positivos. Por el momento, como el derecho al desarrollo sólo está consagrado en una Declaración y los derechos ambientales aún no cuentan con instrumento propio, no son exigibles por ninguna de las instancias encargadas de monitorear el cumplimiento de los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos.”⁷⁵

La exigibilidad determina el carácter justiciable de los derechos. En el orden internacional este carácter se cumple a través de los mecanismos de salvaguardia y procedimientos establecidos en los convenios que consagran los derechos. A manera de ejemplo se puede citar el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos que cuenta con el Comité de Derechos Humanos para cumplir este cometido. Toda Convención o Pacto contiene la parte sustantiva de los derechos, el mecanismo de salvaguardia, que es el Comité, y el procedimiento a seguir para cumplir con la exigibilidad.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 67.

⁷⁵ *Ibid.*

Los derechos civiles y políticos, por ser propios de la persona, son exigibles de manera inmediata y las obligaciones contraídas por los Estados son de obligatorio cumplimiento, aun cuando los Comités no cuenten con los mecanismos para hacer efectivas sus decisiones. El sistema de exigibilidad comprende la instancia que conoce de las comunicaciones, los recursos que pueden interponerse y los procedimientos establecidos para la actuación.

Los derechos económicos, sociales y culturales poseen un mecanismo de salvaguardia para el cumplimiento de los compromisos de los Estados parte en el Pacto. El Comité examina los informes presentados por los Estados y les presentan observaciones y recomendaciones generales. Para cumplir esta labor se apoya en informes y opiniones de las agencias del sistema de las Naciones Unidas y de las organizaciones especializadas en esta materia.

3.1.5. Derechos individuales y derechos colectivos

Son derechos individuales los que se refieren a la persona de manera inherente e indisoluble, cuyo ejercicio sólo puede ser realizado por el individuo como un acto que se desprende de su fuero interno y cuyas consecuencias son predicables de la persona que lo ejecutó.

El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, el derecho al sufragio, el derecho al nombre, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a tener una familia y no ser separado de ella, a constituir familia, son ejemplos de derechos individuales. El conjunto de los derechos consagrados en los tratados y convenios internacionales conforman lo que podemos denominar la vida y la calidad de vida de todos los seres humanos.

Los derechos colectivos son los que se predicen de los grupos o de la sociedad en general y se configuran a partir de la noción de sujeto colectivo. Son los derechos que protegen el interés general. Los derechos colectivos no excluyen la titularidad del

sujeto individual sobre esos derechos, ni la posibilidad de las personas para reivindicados. La característica de los derechos colectivos es que al exigir su cumplimiento, sea por una persona o por el grupo, se beneficia necesariamente la comunidad. Una persona reivindicando un derecho colectivo actúa en su interés particular y en el interés general.

3.2. Los derechos fundamentales

Como ya adelanté, el término *derechos humanos* es el más tradicional en el uso referido a los derechos positivados que, en el plano internacional, se traducen en exigencias morales o naturales reclamados como derechos básicos e, incluso, es el vocablo que se usa para hacer alusión a las exigencias que, con determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, la libertad, y la igualdad de la persona, aún no han alcanzado un estatuto jurídico-político. En cambio, los *derechos fundamentales* hay que circunscribirlos como derechos humanos positivados en el plano estatal.

Así, los derechos fundamentales son susceptibles de ser comprendidos dentro de un concepto formal basado en el modo en el que se determina su normatividad, es decir, entendemos que un derecho es fundamental cuando está comprendido en la Constitución. No obstante, este criterio no sirve cuando tales derechos se disponen en otros textos legales. Otro tipo de comprensión es el del punto de vista material, o sea, el que especifica que los derechos en cuestión deben representar derechos humanos transformados en Derecho constitucional positivo. Aun cuando, como son intentos, puede que tengan un éxito escaso, concurriendo una pretensión de corrección desde la perspectiva de los derechos humanos, que incluye una dimensión ideal y crítica en el marco del Derecho constitucional y de la interpretación de los derechos fundamentales.

“En suma, la diferencia entre los derechos *humanos* y los *fundamentales* depende del lugar en el que se ponga el acento de su validez y de qué tipo de validez es al que se dé primacía. En los *derechos humanos*, partimos de una validez axiológica en la que nos situamos en un nivel del discurso prejurídico, descansando su

fundamento en las razones que se entienden como suficientes o buenas para que el legislador las recoja, valorándolas y regulándolas. Es decir, en este caso nos ceñimos al plano de las aspiraciones humanas, entendidas esencialmente como *necesidades básicas*, que son las que el legislador debe atender para que las personas y los grupos puedan desenvolver su vida dignamente adaptada a los estándares vigentes en la sociedad.”⁷⁶

En cambio, cuando se habla de derechos fundamentales se hace referencia al plano normativo jurídico, sobre todo al constitucional, sin olvidar las demás normas de desarrollo, estimando que su validez es formal y, por lo tanto, que tales derechos valen en función de su acogimiento por el Derecho positivo según la consideración que, siguiendo el procedimiento democrático, han llevado a cabo los representantes de la ciudadanía, sin desconocer que haya pautas morales externas al bloque constitucional que sirven de crítica a los ya regulados, pudiendo ser acogidas tales posiciones en textos ulteriores con la creación de nuevas normativas, modificando las vigentes, completándolas o derogándolas.

3.3. Derechos fundamentales del procesado vinculados a la toma de ADN

Si bien, en esta investigación, únicamente abordo el tema referido a la toma de ADN y a la oposición del sindicado a la intervención corporal que pudiera implicar la misma, es necesario hacer ver que lo relativo a esta toma, tarde o temprano, conllevará la creación de bases de datos que permitan tener a disposición los perfiles genéticos de los delincuentes.

La anterior aclaración resulta necesaria ya que la investigación recurre perennemente a doctrina y jurisprudencia de tribunales europeos, específicamente a la del Tribunal Constitucional Español. Siendo que los estados europeos ya han avanzado ostensiblemente respecto del tema de la toma del ADN y no solo en la creación de sus

⁷⁶ Garrido Gómez, María Isabel, **Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho**, pág. 24.

respectivas bases de datos, sino de la cooperación e intercambio de información entre sus autoridades con el fin de combatir a la delincuencia y el terrorismo. Es por esto último que al final del presente capítulo transcribo la parte conducente del Tratado de cooperación transfronteriza entre los países europeos.

En cuanto a la toma de la muestra de ADN, suele argumentarse que se violentan ciertos derechos fundamentales que le asisten al imputado. En particular, se hace referencia a la integridad física y a la intimidad corporal y personal, derechos que dimanarían de la inmunidad corporal y que se traducen en la posibilidad de no sufrir lesión o menoscabo en el cuerpo o en la apariencia externa sin consentimiento. Cabe destacar esto último, porque la extensión de esta garantía protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo, poniendo en riesgo o dañando su salud, sino que su ámbito constitucionalmente protegido también comprende toda clase de intervenciones en el cuerpo que carezcan de la aquiescencia de su titular.

“En cuanto a la integridad física, nos parece ilustrativa la distinción que la jurisprudencia constitucional española realiza al referirse a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal, entendidas como actos de investigación o medios de prueba preconstituidos que recaen sobre el cuerpo del imputado o de terceros. El tribunal menciona, por un lado, a las inspecciones y registros corporales, y por el otro, a las intervenciones corporales.”⁷⁷

Las primeras consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, sea para identificar al imputado (a través de huellas dactilares, por ejemplo), sea para determinar las circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (como ocurre con los exámenes ginecológicos), sea para el descubrimiento del objeto del delito (en el caso de inspecciones anales o vaginales), y en principio no afectan el derecho a la integridad física, sino el de la intimidad corporal en la medida en que

⁷⁷ Herrera Bravo, **Ob. Cit.**; pág. 7.

recaigan sobre partes íntimas del cuerpo.

Las segundas —las intervenciones corporales—, se refieren a la extracción de determinados elementos externos o internos del cuerpo, para someterlos a informes periciales (como lo son las biopsias o los análisis de sangre, orina, semen, pelos u otros). En este caso el derecho a la integridad física sí puede ser afectado en la medida en que las intervenciones lesionan o menoscaban el cuerpo, aunque sólo sea externamente.

Así, habrá intervenciones leves que no pongan en peligro la salud de la persona afectada ni le causen sufrimientos (como ocurre con la extracción de pelo), e intervenciones graves, cuando el grado de sacrificio que imponen a la integridad física si lo haga (como en el caso de extracción de líquido cefalorraquídeo u otras).

Aunque se ha sostenido que la prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes delimita el ámbito constitucionalmente protegido por la integridad física, la determinación del momento en el que se atraviesa desde una lesión constitucionalmente irrelevante hacia un maltrato lesivo del derecho fundamental sólo puede resolverse casuísticamente, considerando circunstancias puntuales del caso en cuestión.

Por eso, existe una tendencia a considerar como pena o trato degradante a aquella que provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. El derecho a la intimidad, en cambio, considera como contenido esencial la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según pautas culturales, para mantener una calidad mínima de vida.

“La intimidad tampoco es sinónimo de privacidad, también ésta de mayor extensión y definida por la Real Academia Española como el ámbito de la vida privada

que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Lo anterior ha llevado a la doctrina a distinguir distintas clases dentro del derecho a la intimidad. En Alemania, Hubmann propuso la *Sphärentheorie* compuesta por el concepto de *intimsphäre*, referido a la esfera de lo secreto y que se lesiona cuando llegan al conocimiento de los demás hechos o noticias que deben permanecer ocultas o cuando éstas se difunden; el de *privatsphäre*, que protege el ámbito de la vida personal y familiar; y el de *individualsphäre*, que alude a todo lo que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona. No obstante, esta teoría, ampliamente difundida en Europa y Estados Unidos, presenta un problema advertido, entre otros, por Morales Prats, quien sostiene que estas esferas en realidad se comunican y por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona de secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien éstas pasar a la esfera privada.”⁷⁸

Lo expuesto demuestra que la vulneración del derecho a la intimidad es compleja, por lo que implica que debe ser abordada desde una doble perspectiva, efectuando una útil distinción entre un concepto restringido denominado intimidad corporal y otro más amplio llamado intimidad personal. De esta forma, considero que una intervención corporal, como una extracción de pelos, probablemente no entre en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, llegue a vulnerarlo, en cambio, puede que si ocurra respecto de la intimidad personal.

Cuando se establezcan medidas limitadoras y éstas tengan que respetar el contenido esencial de la intimidad y la integridad física, será necesario diferenciar tales derechos, pese a sus cercanías, toda vez que el bien jurídico de la intimidad corporal parece ser el pudor, determinado sobre la base de criterios sociológicos, atendiendo al sentimiento dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, dado que no todo el cuerpo humano se ve protegido por la intimidad corporal y al hecho de que no resultan indiferentes los medios utilizados para llevar a cabo la inspección o intervención

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 8.

corporal. La integridad física, en cambio, puede ser más amplia que la intimidad corporal, si las partes del cuerpo afectadas exceden del ámbito protegido por el pudor o recato o los medios utilizados no resultan agresivos.

3.3.1. La dignidad de la persona humana y a su integridad física

El derecho a la dignidad es también conocido como derecho a la honra. “Después de la vida y la integridad física, la honra debe ser el máspreciado valor del ser humano. La honra es el sentimiento o la conciencia de la propia dignidad, y es también el más valioso atributo que una persona pueda tener frente a las demás; de su reconocimiento depende en alto grado la estima que los demás tengan hacia esa persona.”⁷⁹

“El derecho a la integridad física nace y muere con la persona y, de cierta manera, va más allá de la muerte. Tiene por objeto proteger la integridad corporal del individuo, que es parte sustancial de su existencia como persona. De ahí que las legislaciones modernas en las sociedades civilizadas impongan castigos severos a delitos como la mutilación, la castración, la desfiguración del rostro, la privación de la vista, o del habla, o, en general, a los atentados contra el cuerpo humano que dejen huella perdurable. También, aunque en menor escala, se sancionan las lesiones que se causan por agresiones físicas o aun por accidentes involuntarios.”⁸⁰

Por lo expuesto, toda legislación tendiente a regular las pruebas del ADN habrá de establecer las garantías para que la toma de las muestras sea llevada a cabo por personal especializado y en unas condiciones que permitan afirmar que los derechos a la dignidad y a la integridad física no serán vulnerados debido a la intervención mínima que supone la toma de muestras necesaria para la realización de un análisis de ADN.

⁷⁹ Naranjo Mesa, Vladimiro, **Teoría constitucional e instituciones políticas**, pág. 535.

⁸⁰ **Ibid.**, pág. 534.

“La jurisprudencia española, para intervenciones corporales que conllevan una mayor injerencia en la esfera personal, ha considerado respetados estos derechos. De este modo, no se ha considerado atentatorio a la dignidad humana el examen ginecológico de una mujer al efecto de determinar si había practicado un aborto, ni los registros personales de los reclusos en sus cavidades naturales.”⁸¹

Para que se pueda considerar que se está ante un trato degradante, tienen que concurrir, conforme establece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, medidas de naturaleza tal que creen en los individuos sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad, y que los humillen, envilezcan y rompan su resistencia física y moral.

En este sentido, hay que compartir el criterio de que la afectación de dichos derechos al extraer la muestra para ADN, extracción que los avances técnicos han reducido a un sencillo acto, es inexistente o mínima.

3.3.2. El derecho a la libertad

“La Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano, comienza proclamando que *los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*; y en su Artículo 4o, define la libertad diciendo que *consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro*. De ello se desprende que el derecho a la libertad no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites en la libertad de los demás.”⁸²

El derecho a la libertad se verá vulnerado, respecto de aquellas personas que se opongan a que se tomen muestras para la realización de los análisis, tanto si se conceptúa de un modo genérico, como la compulsión a hacer algo que simplemente no deseamos realizar, como si se conceptúa en su vertiente de libertad deambulatoria protegida en el Artículo 26 de la Constitución, que quedará cuando menos limitada

⁸¹ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1828.

⁸² Naranjo Mesa, **Ob. Cit.**; pág. 536.

mientras la prueba se realiza o en la conducción de las personas a las dependencias adecuadas a tal fin.

“La Comisión Europea de Derechos Humanos ha declarado a este respecto, que la *ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración* (Decisión 8278/78, de 13 de octubre de 1979).”⁸³

“Ahora bien, el Artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece una serie de supuestos en los que se admite la limitación del derecho a la libertad, así: la privación de libertad en virtud de sentencia dictada por Tribunal competente, por desobediencia a una orden judicial, para asegurar el cumplimiento de una obligación legalmente establecida, para conducirla ante la Autoridad Judicial competente cuando existan indicios racionales de criminalidad de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle la huida de la acción de la justicia.”⁸⁴

3.3.3. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable

De manera genérica se garantiza el derecho a todas las personas vinculadas a proceso penal a no declarar respecto de lo que se les pregunta. “En los juicios penales, las personas que declaren están obligadas a ser veraces respecto de lo que digan, pero nadie, ni los inculpados, ni las partes, ni los testigos están obligados a declarar respecto de lo que se le pregunta. Esto significa que la facultad de negarse a declarar puede ejercerse en forma total o parcial; pero respecto de aquello que se está dispuesto a declarar, procesados, partes y testigos tienen el deber de ser veraces.”⁸⁵

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 16, establece que, en proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra

⁸³ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1830.

⁸⁴ **Ibid.**

⁸⁵ Galiano, José, **Derechos humanos. Teoría, historia, vigencia y legislación**, Tomo I, pág. 84.

sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.

En el caso europeo, su jurisprudencia ha sido constante en señalar que este derecho fundamental (el de no declarar contra sí mismo) no se ve afectado en modo alguno por el hecho de que se solicite o compela al sospechoso a entregar una muestra corporal para el análisis de ADN a los fines del procedimiento.

El Tribunal Constitucional Español, con ocasión de las pruebas de alcoholemia, ha manifestado que el derecho a no declarar contra sí mismo se limita a las declaraciones o testimonios que se prestan en el curso del procedimiento que tengan un contenido directamente incriminatorio, al señalar: *“Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la expiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente (...) su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad (...). De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas.”*⁸⁶

En ese sentido, los tribunales europeos también han sostenido que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras,

⁸⁶ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1827.

las tomas de aliento, de sangre y de orina.

En esa línea, cabe concluir que cuando se requiere al sospechoso a que consienta la obtención de sus huellas dactilares o de un análisis de ADN, no se le está exigiendo una declaración autoincriminatoria, sino tan sólo la verificación de una pericia técnica.

“En el caso *Holt versus US*, el criterio del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido que *la prohibición de compeler a una persona a ser testigo contra sí misma es una prohibición del uso de una compulsión física o moral para extraer comunicaciones de ella, no una exclusión de su cuerpo cuando puede ser material.*”⁸⁷

3.3.4. Derecho a la intimidad corporal

La distinción entre el quebranto que de la intimidad se puede llevar a cabo en una intervención corporal como tal y el quebranto producido por la información que arroje el análisis de la muestra corporal, se refleja por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 207/96, donde se establece que: “...la intimidad personal tiene un contenido más amplio que el de la intimidad corporal, en cuanto deriva de la dignidad humana e implica la «existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana».”⁸⁸

Conviene distinguir el acto de la toma de muestras en sí y el análisis de los datos que genéticamente encierra la muestra. En el acto en sí de la toma de muestras lo que se ve afectado es la intimidad corporal en su caso. La intimidad personal sólo se verá afectada cuando lo que se autorice sea el conocimiento, por medio del análisis, de extremos innecesarios para la investigación penal.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 1828.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 1826.

Entonces, averiguar en un proceso penal a través de una prueba de ADN si una persona consume droga o padece de una determinada enfermedad, afecta a la intimidad o al honor exactamente lo mismo que si se averigua ese extremo a través de otro tipo de pruebas, como puede ser una testifical. La afectación de la intimidad no lleva a discutir que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio de averiguación del delito, sin necesidad de previa habilitación judicial, ni de resolución motivada, ni de ningún otro requisito especial.

3.3.5. Derecho a la salud

“El derecho a la salud encuentra su acomodo en el necesario juicio de proporcionalidad, que puede resolverse con un criterio general: nunca una investigación penal puede justificar una medida que afecte negativamente por sí misma a la salud de una persona.”⁸⁹

Es evidente que con la mínima intervención que supone la toma de muestra no se vulnera este derecho. Hay que tener en cuenta, además, que los casos en que se alega la vulneración son ordinariamente supuestos de toma de sangre. Y en todo caso, con independencia de las consideraciones sobre la imposibilidad de que se quebrante el derecho a la salud con dicha toma, se podría sustituir ésta (fundamentalmente ante supuestos de negativa por libertad religiosa: testigos de Jehová) teniendo en cuenta las modernas tecnologías, por la extracción de pelo o la obtención de saliva.

3.4. Regulación internacional

Dentro de la regulación internacional que puede vincularse con los derechos íntimamente relacionados con la toma de ADN dentro de un proceso penal, se puede citar: a) Declaración Universal de Derechos Humanos; b) Pacto de Derechos Civiles y Políticos; c) Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; d) Convención Americana de Derechos Humanos; e) Convención contra la Tortura y otros Tratos o

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 1829.

Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y f) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Además de la normativa internacional enumerada, es prudente transcribir, en su parte conducente, el tratado europeo de cooperación transfronteriza que evidencia la importancia y los modelos que otros estados adoptarán respecto de las pruebas de ADN.

Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal

Las Altas Partes Contratantes del presente Tratado, Estados miembros de la Unión Europea,

Considerando que en un espacio en el que las personas circulan libremente es importante que los Estados miembros de la Unión Europea intensifiquen su cooperación para luchar con mayor eficacia contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal,

Deseando asumir un papel pionero en la consecución del máximo nivel posible de cooperación, en aras del desarrollo de la cooperación europea y sin perjuicio del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en particular mediante un mejor intercambio de información, especialmente en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, y ofrecer la posibilidad de participar en esta cooperación a todos los demás Estados miembros de la Unión Europea,

Deseando incorporar el régimen que establece el presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea, para conseguir una mejora al nivel de toda la Unión del intercambio de información, especialmente en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, creando a tal fin las bases jurídicas y técnicas necesarias,

Dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes, y conscientes en particular de que la transmisión de datos de carácter personal a otra Parte Contratante requiere que en la Parte Contratante receptora se garantice un nivel adecuado de protección de datos,

Considerando que, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas internas vigentes, deben mantenerse y preverse unos controles judiciales adecuados de las medidas previstas en el presente Tratado,

Dispuestos a completar el presente Tratado con otros acuerdos para hacer posible la consulta automatizada de datos de otras bases de datos pertinentes, en la medida en que ello sea necesario y proporcionado para profundizar en la cooperación transfronteriza,

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I

Parte general

Artículo 1

Fundamentos del Convenio

(1) Mediante el presente Tratado, las Partes Contratantes pretenden reforzar la cooperación transfronteriza, en particular en el campo del intercambio de información entre ellas.

(2) Dicha cooperación no afectará al derecho de la Unión Europea y, con arreglo al presente Tratado, estará abierta a la adhesión de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

(3) La cooperación en el marco del presente Tratado tiene por objeto desarrollar iniciativas para reforzar la cooperación europea en los ámbitos indicados en el mismo.

(4) Como máximo tres años después de la entrada en vigor del presente Tratado, se pondrá en marcha una iniciativa para trasladar las disposiciones del mismo al marco jurídico de la Unión Europea, sobre la base de una valoración de la experiencia realizada en la ejecución del mismo, previo acuerdo con la Comisión Europea o a propuesta de la Comisión Europea y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

(5) Las Partes Contratantes informarán conjuntamente al Consejo de la Unión Europea y a la Comisión Europea con carácter periódico acerca de los avances en la cooperación.

Capítulo II

Perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y otros datos

Artículo 2

Creación de ficheros nacionales de análisis del ADN

(1) Las Partes Contratantes se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. El tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros en virtud del presente Tratado se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento, sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado.

(2) A efectos de la ejecución del presente Tratado, las Partes Contratantes garantizarán que se disponga de índices de referencia relativos a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis del ADN con arreglo a la primera frase del apartado 1. Dichos índices de referencia contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y una referencia. Los índices de referencia no podrán contener datos que permitan identificar directamente a la persona concernida. Los índices de referencia que no puedan atribuirse a ninguna persona

(huellas abiertas) deberán poder reconocerse como tales.

(3) En el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte Contratante designará los ficheros nacionales de análisis del ADN a los que sean de aplicación los Artículos 2 a 6 y las condiciones para su consulta automatizada con arreglo al apartado 1 del Artículo 3.

Artículo 3

Consulta automatizada de los perfiles de ADN

(1) Las Partes Contratantes permitirán que los puntos de contacto nacionales de las demás Partes Contratantes a que se refiere el Artículo 6 tengan acceso, para los fines de la persecución de delitos, a los índices de referencia de sus ficheros de análisis del ADN, lo que incluirá el derecho a consultarlos de manera automatizada mediante una comparación de perfiles de ADN. La consulta deberá formularse únicamente para casos concretos y con arreglo al derecho de la Parte Contratante que realice la consulta.

(2) Si en el curso de una consulta automatizada se comprueba la coincidencia entre un perfil de ADN transmitido y un perfil de ADN almacenado en el fichero de la Parte Contratante receptora, el punto de contacto nacional requirente recibirá de forma automatizada información sobre la existencia de una concordancia y su referencia. Si no se encuentra coincidencia alguna, este hecho se comunicará de forma automatizada.

Artículo 4

Comparación automatizada de perfiles de ADN

(1) Las Partes Contratantes llevarán a cabo, de mutuo acuerdo y a través de sus puntos de contacto nacionales, una comparación de los perfiles de ADN de sus huellas abiertas con todos los perfiles de ADN contenidos en los índices de referencia de los demás ficheros nacionales de análisis del ADN, para los fines de la persecución de delitos. La transmisión y la comparación se efectuarán de forma automatizada. La transmisión para los fines de la comparación de los perfiles de ADN de las huellas abiertas únicamente tendrá lugar en los casos en que se prevea dicha transmisión en el

derecho interno de la Parte Contratante requirente.

(2) Si en el curso de la comparación efectuada con arreglo al apartado 1, una Parte Contratante comprueba que algún perfil de ADN transmitido coincide con los existentes en sus ficheros de análisis del ADN, comunicará sin demora al punto de contacto nacional de la otra Parte Contratante cuáles son los índices de referencia respecto de los cuales se ha encontrado la concordancia.

Artículo 5

Transmisión de otros datos de carácter personal y de otras informaciones

En caso de que se compruebe que existe concordancia entre perfiles de ADN por los procedimientos previstos en los Artículos 3 y 4, la transmisión de otros datos de carácter personal disponibles relativos a los índices de referencia y demás informaciones se efectuará con arreglo al derecho interno de la Parte Contratante requerida, incluidas las disposiciones en materia de asistencia judicial.

Artículo 6

Punto de contacto nacional y acuerdo de ejecución

(1) Para la ejecución de la transmisión de datos con arreglo a los Artículos 3 y 4, cada Parte Contratante designará un punto de contacto nacional. Las competencias de los puntos de contacto nacionales se regirán por el derecho interno vigente para cada uno de ellos.

(2) Los pormenores técnicos de los procedimientos descritos en los Artículos 3 y 4 se regularán en un acuerdo de ejecución con arreglo al Artículo 44.

Artículo 7

Obtención de material genético molecular y transmisión de perfiles de ADN

Si en el curso de una investigación o procedimiento penal no se dispone del perfil de ADN de una persona determinada que se encuentre en el territorio de una Parte Contratante requerida, esta última deberá prestar asistencia judicial mediante la obtención y el análisis de material genético molecular de dicha persona y la transmisión del perfil de ADN resultante, siempre que:

1. la Parte Contratante requirente comunique el fin para el que se requiere,

2. la Parte Contratante requirente presente una orden o declaración de investigación de la autoridad competente exigible con arreglo a su derecho interno, de la que se desprenda que se cumplirían los requisitos para la obtención y análisis de material genético molecular si esa persona concreta se encontrara en el territorio de la Parte Contratante requirente, y

3. se cumplan los requisitos para la obtención y análisis de material genético molecular y para la transmisión del perfil de ADN obtenido con arreglo al derecho de la Parte Contratante requerida.

CAPÍTULO IV

4. La toma de ADN y su incidencia sobre los derechos fundamentales del procesado

En el contexto del moderno Estado constitucional y democrático de Derecho, la vigencia y plena observancia de los derechos fundamentales que le asisten a los habitantes es el principal parámetro para establecer si el sistema político cumple o no con los fines para los cuales fue establecido. Que, para el caso del Estado de Guatemala, es el bien común, la seguridad jurídica y la justicia.

Es por ello que el catálogo de derechos fundamentales que le asisten a todo sindicado, con base en el principio del estado de inocencia, buscan garantizar que el Estado, por medio de sus autoridades, no abusen de sus facultades en el ejercicio del poder con el pretexto de castigar eficazmente los delitos que afectan la convivencia y el desarrollo del conglomerado social.

4.1. La colisión de los derechos fundamentales

Ante la situación de la existencia de derechos fundamentales que le asisten a todo sindicado y que también existe un catálogo de derechos que son propios de la víctima y de toda la sociedad que le garantizan el poder vivir en armonía y poder desarrollarse plenamente como persona en el contexto social, se plantea la existencia de la colisión de derechos fundamentales que tienen por titulares a diferentes sujetos.

Así, ante la aparente colisión de derechos fundamentales, al verse enfrentadas diferentes pretensiones, existen diferentes posturas referentes al tema que tratan de dar respuesta y mecanismos de solución al problema. Para este análisis es necesario tener presente que todo ordenamiento jurídico reviste de tres características básicas: a) unidad o jerarquía normativa; b) plenitud jurídica (que puede ser absoluta o relativa); y c) sistematicidad jurídica (coherencia del ordenamiento jurídico) que es la cualidad que hace compatibles todas las normas contenidas en el ordenamiento jurídico

—antinomias reales y aparentes—.

No faltan casos en los que se plantea un problema particular. Las normas reconocen derechos, y en esos casos, estos derechos parecerían ser contradictorios o incompatibles. En el caso del aborto, el derecho a la vida del niño y el derecho a la privacidad y libertad de la madre (e incluso el derecho a la vida de la misma). En el consumo de drogas, el derecho a la libertad y privacidad del drogadicto y el derecho a la salud pública y seguridad de la población. En la pornografía, el derecho a la libertad de expresión y privacidad, frente al derecho a la moral pública, a la defensa de la familia, a la sana educación de los niños y jóvenes. En los noticieros, el derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor y la intimidad.

En los delitos de acto impacto (asesinatos, terrorismo, secuestros) al igual que en la determinación de la paternidad, se enfrentan la facultad del Estado de investigar y castigar a los culpables o de proteger y garantizar la paternidad responsable, contra el derecho a la intimidad del individuo. ¿Cómo solucionar este dilema?

Algunas propuestas parten de considerar que en tales casos hay realmente un conflicto de derechos y la solución está en sacrificar, en alguna medida, uno en aras del otro, total o parcialmente. Llamaremos a estas soluciones “conflictivistas” o “conflictualistas”. Otros, en cambio, consideran que no hay propiamente un conflicto de derechos sino un problema de delimitación de los derechos para identificar cuál es el que realmente existe. Llamaremos a estas soluciones “no conflictivistas” o “no conflictualistas”.

Según las posturas *conflictualistas*, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los

principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía (jerarquización abstracta) y la ponderación de derechos (jerarquización en concreto).

Las teorías *no conflictualistas* parten de la vigencia armoniosa de los derechos fundamentales y que los mismos poseen un alcance y significación limitada. Por tanto estos denominados conflictos solamente pueden darse en el ámbito de las pretensiones.

El proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o por su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho. Los conflictos de los derechos se resuelven, por tanto, desde la determinación del contenido y ámbito de los derechos supuestamente colisionantes.

De aquí que los derechos de la persona no puedan formularse en términos absolutos e ilimitados, sino que por el contrario, su formulación debe partir del hecho de que el contenido de los derechos es un contenido limitado, y que debe convivir con las exigencias no sólo de los derechos de los demás integrantes de la comunidad, sino también por aquellos bienes o valores proclamados constitucionalmente como principios de la organización social.

Para determinar el contenido de los derechos fundamentales no es preciso efectuar ponderación alguna de bienes, ni entender como parte de dicho contenido otros bienes jurídicos que supuestamente revisten rango igual o superior, y en consecuencia limitan ese contenido. El principio de unidad de la Constitución y el consiguiente requerimiento de interpretación sistemática de los derechos fundamentales no obligan a llevar a cabo tal ponderación, ni a convertir en límites

internos de los derechos lo que en realidad no son sino restricciones externas fundadas desde otros bienes jurídicos, a los que se les otorga una supuesta posición superior; prohíbe, tan sólo, una interpretación aislada de cada derecho fundamental —y de la norma constitucional en que se reconoce— que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas.

Entonces: ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Lo que hay que tener presente, antes de pretender responder a la interrogante planteada, es que estos derechos no son realidades que se oponen entre sí sino que necesariamente tienen que ser armónicas o integrales. Lo que existen son conflictos entre pretensiones, pues necesariamente se buscará hacer valer derechos contrapuestos.

En cuanto a cuál es la importancia de la adopción de una postura *conflictivista* o de una *no conflictivistas*. En la primera de ellas se tiende a sacrificar uno o más derechos en beneficio de otro que considera más valioso o superior ignorando el carácter necesariamente armónico e interdependiente de los mismos. La segunda, que me parece la más adecuada, delimita el alcance de los derechos en conflicto aparente, buscando la convivencia armoniosa y en conjunto de los mismos y por ende su vigencia ajustada y nunca desconociendo la vigencia de ninguno de ellos.

Por tanto, la vigencia plena y efectiva de los derechos fundamentales exige que los derechos de la persona dejen de concebirse como realidades conflictivas y pasen a ser tratadas e interpretadas como realidades esencialmente conciliadoras que permitan la vigencia armoniosa y conjunta de todos esos derechos.

Materializando lo expuesto, en el contexto del tema que me ocupa en esta investigación, se entiende que los derechos fundamentales coexisten en el contexto de diferentes esferas personales, cuyas pretensiones buscan establecer que en situaciones concretas es necesario potenciar el o los derechos fundamentales que mejor convengan a la convivencia social, sin que ello implique la necesaria disminución,

ni mucho menos violación, a los otros derechos en conflicto. Por ello en la toma de ADN se deben observar y respetar los derechos fundamentales de los sindicatos y disminuirlos únicamente en la proporción necesaria para potenciar otros derechos del mismo tipo pero que en el caso concreto exigen ser aplicados.

4.2. La toma de muestras como acto de intervención corporal y su incidencia sobre derechos de rango constitucional

En el decurso de la investigación he manifestado que la toma de ADN en la fase de investigación del proceso penal guatemalteco constituye una seria disminución —más no una necesaria violación— a los derechos fundamentales del sindicato. El por ello que la toma de ADN y su inevitable posterior creación de una base de datos, debe ajustarse estrictamente a ciertas condiciones de aplicación que sean congruentes con el respeto y plena vigencia del catálogo de derechos fundamentales que le asisten al sindicato.

“Dado que la información genética está garantizada en los catálogos de derechos humanos como parte de la privacidad del individuo o, más bien, dentro de la intimidad en sentido estricto, y si, además, se resguarda a su titular frente al tratamiento que de ella pueda realizar un tercero que administre las bases de datos que contienen las huellas genéticas —gracias al reconocimiento de un derecho fundamental específico para la protección de datos de carácter personal—, cabe concluir que la recolección, conservación y procesamiento de los resultados de muestras de ADN bajo estos registros, importan una intromisión en el ámbito en que el individuo está facultado y amparado para mantener la reserva. Y si a ello agregamos que para recoger las muestras que generarán los datos del registro, en ocasiones resulta necesaria una intervención corporal previa, demostrativa de una clara injerencia en la intimidad personal y corporal, en la dignidad de la persona, y en la integridad física y psíquica del individuo, vemos reforzado nuestro argumento.”⁹⁰

⁹⁰ Herrera Bravo, **Ob. Cit.**; pág. 4.

Siguiendo las ideas de Herrera Bravo, puedo distinguir que la sociedad democrática es el entorno político dentro del cual se admiten y exige la vigencia de los derechos constitucionales. Sin embargo, la relación entre una sociedad democrática y el reconocimiento de los derechos fundamentales no resulta del todo fácil, sobre todo cuando la comunidad política, representativa de los individuos, es capaz de afectar el contenido de tales derechos imponiendo limitaciones. En tales circunstancias, ciertos intereses individuales garantizados con determinados derechos pueden ceder ante intereses generales y públicos, si la voluntad del pueblo se pronuncia a favor de ello, impidiendo excepcionalmente que su titular pueda exigir a terceros el respeto de su ejercicio.

“Afortunadamente, la autoridad ve acotada su intervención por el propio Estado de Derecho democrático y social, que exige a estas medidas legitimidad constitucional, so pena de adolecer de nulidad y ser inaplicables. Por lo tanto, es la propia sociedad democrática la que permite establecer en cada caso un equilibrio entre la garantía de los derechos fundamentales y la necesidad de preservar los intereses generales de la comunidad, al desautorizar las injerencias desproporcionadas.”⁹¹

Cabe recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 29.2, señala: *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley y con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.* Además, en el Artículo 30 añade: *Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*

⁹¹ **Ibid.**

En esa misma línea, Muñoz Arnau explica que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ofrece un amplio catálogo de limitaciones a los derechos fundamentales, pero haciendo presente que los Estados tienen prohibido establecer restricciones más amplias a estos derechos que las previstas en dicho Acuerdo. Además, afirma que las medidas que se impongan no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas, introduciendo así, un control de las limitaciones en función de la finalidad legalmente perseguida, convenientemente justificado⁹².

Bajo dicho predicamento, la legitimidad constitucional de una medida como el registro de ADN se sustenta bajo requisitos suficientemente bien asentados en la doctrina y jurisprudencia internacional. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en reiterada jurisprudencia que las medidas limitadoras deben, en primer lugar, ser previstas por la ley; en segundo término, ser necesarias; luego, responder a un fin legítimo; y finalmente, establecerse con proporcionalidad. Cabe resaltar este último requisito —la proporcionalidad—, porque el hecho que las medidas sean adecuadas con el fin perseguido “...constituye la base del equilibrio entre la protección de los derechos y la de los intereses de la sociedad democrática.”⁹³

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, de modo similar al órgano anterior, ha establecido que los límites de los derechos deben ser interpretados restrictivamente, por eso, las limitaciones, además de estar previstas en la ley, deben ser siempre justificadas y las resoluciones limitadoras, suficientemente motivadas, razonables, proporcionadas en relación con el bien o derecho que limitan, y destinadas a cumplir realmente el fin para el que fueron establecidas.

Dicho tribunal aborda la justificación de las medidas en la sentencia 8/1992, de 16 de enero, al señalar: “...cuando se produce una restricción de derechos

⁹² Cf. Muñoz Arnau, José, **Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho español**, págs. 59 y 60.

⁹³ **Ibid.**, pág. 77.

fundamentales constitucionalmente garantizados, 'la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación' [...] es preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que [...] se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó."⁹⁴

En cuanto al respeto de los fines previstos en la Carta Fundamental o en la ley, el órgano colegiado entiende que la restricción debe servir para alcanzar un fin legítimo verdadero, real, no uno apócrifo. Son estas finalidades las que, por razones justificadas de interés general, permiten limitar los derechos y les privan de un carácter absoluto.

Además, el Tribunal Constitucional español ha explicado la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas en la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, indicando: "Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que [no] exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)."⁹⁵

Y agrega en la sentencia 66/1985, de 23 de mayo: "La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza."⁹⁶

En definitiva, ningún derecho, ni siquiera los de naturaleza o carácter fundamental, puede ser considerado como absoluto, en cuanto a no admitir injerencias,

⁹⁴ Herrera Bravo, **Ob. Cit.**; pág. 5.

⁹⁵ **Ibid.**, pág. 6.

⁹⁶ **Ibid.**

por ello debemos asumir tales limitaciones impuestas a nuestra libertad de acción por el legislador, como ocurre en el caso del tratamiento de datos concernientes a la intimidad genética, para así servir a intereses colectivos de la sociedad, y para cultivar y fomentar la vida en común, siempre que esto se haga dentro del margen de lo exigible y se garantice la autonomía de la persona.

Sin embargo, para algunos autores, el modelo de privacidad que considera lo íntimo como una frontera que no pueden traspasar los demás, no tiene futuro, por lo que la defensa de la intimidad ya no tiene realmente sentido, a causa de que formamos parte de una sociedad tecnificada. Sostienen que la información genética no es exactamente privada, atendido que su conocimiento por parte de terceros puede ser de gran valor a efectos de salud pública o investigación forense. Y agregan que debemos acostumbrarnos a ceder parte de los datos que antes considerábamos íntimos a cambio de un bien mayor.

“En definitiva, estas medidas restrictivas de derechos del individuo pueden gozar de legitimidad y constituir un aporte para la sana convivencia social. Sin embargo, previo a imponerlas es preciso reflexionar sobre el equilibrio de tales injerencias, porque una aplicación excesiva, contraria a derecho, avalada por la ciudadanía y sus autoridades, no haría más que dirigir a la sociedad por un falso camino de seguridad cuyo precio incide en la dignidad del hombre y el entorno de libertad de sus acciones, lo cual ha sido correctamente sentenciado por Benjamín Franklin al señalar: *Los que cambian su libertad por su seguridad no merecen libertad ni seguridad*. No sea que las propias ovejas estén permitiendo al pastor despellejarlas.”⁹⁷

Es por eso que la legislación procesal penal española, en su Artículo 363, comienza exigiendo como presupuesto para la adopción de la medida que *concurran acreditadas razones que lo justifiquen*. Posteriormente insiste en que el Juez podrá decidir *la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad*.

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 18.

Se introducen los principios de proporcionalidad y razonabilidad: en definitiva se exige que conste la necesidad de la medida por ser idónea para la investigación de los hechos delictivos y por no existir otros medios menos invasivos mediante los que se puedan obtener idénticos resultados.

“De todas formas, no cabe olvidar dos cuestiones: primera, la fiabilidad de una toma de muestras corporal o «directa» puede ser mayor que la obtención de ésta de objetos del acusado por el peligro que siempre representa una contaminación de la muestra extraída de objetos o muestra indirecta; y segundo, la simpleza del acto de intervención corporal exigido para una toma de muestras directa de ADN (extracción de sangre, extracción de un pelo o la todavía menos invasiva toma de saliva) no parece enfrentada con el principio de proporcionalidad.”⁹⁸

Desde este punto de vista, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado (Decisión 8278/78, de 13 de octubre de 1979) que la extracción de muestras de sangre no constituye una injerencia prohibida y que, con mayor razón puede sostenerse que tampoco la toma de muestras como la saliva, pelos, etc., suficientes para elaborar un análisis del perfil genético del sometido. Además del principio de proporcionalidad puede inferirse que la información a obtener mediante el ADN ha de ser exclusivamente la destinada a la identificación, es decir, la denominada *huella genética* —que puede corresponderse con el análisis de unos marcadores neutrales dentro del ADN— y no la obtención de todo el *mapa genético*.

Por eso, como regla general, la resolución judicial que acuerde el análisis del ADN debería contener la limitación de ceñirse a marcadores meramente identificadores, sin alcanzar a ningún otro tipo de información, lo que es perfectamente posible. Ordinariamente los laboratorios funcionan con esa autolimitación. Pero tal limitación de los laboratorios no puede estar únicamente basada en protocolos científicos, como ocurre en la actualidad, sino que debería ser solicitada con esta restricción por los tribunales para que no quepan ulteriores alegaciones de vulneración de la intimidad.

⁹⁸ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1825.

4.3. Fuentes legitimadoras de la toma de muestras de ADN

Analizados los derechos fundamentales limitados por la práctica de la prueba, debo concluir en que sólo el consentimiento del interesado o, en su defecto, la resolución judicial permitirán acordar la prueba limitando así, sin vulnerarlos, tales derechos fundamentales. Si el interesado accede voluntariamente o si, en su defecto, la autoridad judicial lo acuerda, es posible la limitación de tales derechos en aras de la práctica de un análisis de ADN sobre una muestra corporal.

4.3.1. El consentimiento del interesado

Cuando existe consentimiento del interesado la extracción de sangre no lesiona ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad. Ahora bien, al recabar el consentimiento debe cuidarse que éste sea *expreso, libre y no viciado*. Ese consentimiento del interesado se viene recabando por la autoridad judicial en el curso del procedimiento.

“La STS 1261/1994, de 21 de junio, analizó la validez de la comparecencia efectuada por el procesado ante el oficial del Juzgado en el que se instruía causa por violación y lesiones. Dicha comparecencia, que se efectuó en cumplimiento de lo acordado en Providencia, decía literalmente: *La extiendo yo el Oficial en funciones de Secretario para hacer constar que teniendo a mi presencia a DDG se le ofrece la posibilidad de extracción de sangre a fin de determinar el grupo sanguíneo con fines exculpatorios, manifestando: que lo hace voluntariamente, estando en presencia del Letrado....* EL TS en este supuesto, a diferencia del criterio expuesto en la posterior sentencia 7 de marzo de 1996, que inmediatamente comentaremos, señaló que la comparecencia debió acordarse mediante auto. Además, en atención al empleo de la fórmula «con fines exculpatorios», señala que el consentimiento adoleció de un vicio que califica cercano al dolo del Artículo 1269 CC 40 y, por ello, concluye en la violación del Artículo 11 LOPJ lo que impidió considerar dicha prueba.”⁹⁹

⁹⁹ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1832.

4.3.2. La toma de muestras contra el consentimiento del interesado

Una vez acordada en resolución judicial la práctica de la prueba de ADN surge la cuestión de cómo tomar la muestra biológica para dicha prueba si el sujeto sometido a la misma (el sospechoso de un delito o el demandado en una reclamación de paternidad, por citar algunos ejemplos) se niega en rotundo a facilitarla.

Inmediatamente surge un interrogante: ¿Es posible el empleo de fuerza física sobre el sujeto para la obtención de la muestra? La respuesta en nuestro ordenamiento jurídico ha sido unánimemente negativa antes de la reforma. La falta de una previsión legal expresa había motivado que la doctrina y la jurisprudencia fueran coincidentes en este punto. No era posible, pues, tomar una muestra del sujeto mediante el empleo de fuerza.

“En su sentencia 107/1985 el Tribunal Constitucional llegó a afirmar en relación a un análisis de sangre que *nadie puede ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de ese tipo de análisis*. El Tribunal Supremo en la sentencia 107/2003, de 4 de febrero, dispone: *según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado.*”¹⁰⁰

4.3.3. La valoración de la negativa al sometimiento a las pruebas

En materia civil española, existen consecuencias que pueden derivarse de la negativa del presunto padre demandado a la práctica de la prueba biológica. Sin atreverse a imponer coactivamente la realización de la prueba, se extraen consecuencias de la negativa del demandado a someterse a ésta, consecuencias

¹⁰⁰ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1834.

impropias en sede constitucional ya que en lugar de devolver el asunto a la instancia resolvió —con fundamento en la economía procesal— fallando por sí la atribución de la paternidad. En esta materia, se suele declarar que el hijo es del demandado que rechazó someterse a la prueba biológica. Sirve así el fallo a modo de aviso para obligar a la admisión de la práctica de la prueba. En el mismo sentido se ha orientado la legislación civil guatemalteca.

Sin embargo, en materia penal es necesario preguntarse ¿es posible extraer consecuencias valorativas probatorias de la negativa del acusado a someterse a la prueba? En los países europeos, en los cuales las pruebas de ADN en materia penal son frecuentes, se ha establecido que la negativa del acusado a someterse al análisis puede ser valorada como una prueba en su contra junto con las demás existentes. También se ha determinado que si guardar silencio —que es un derecho fundamental— puede ser valorado, con mayor razón podrá serlo la conducta que, además, constituye una desobediencia a una orden del juez.

“Recientemente la Sentencia 107/2003, de 4 de febrero, afirma expresamente ese valor probatorio indiciario de la negativa a someterse a la prueba de ADN al señalar: Como señala el Ministerio Fiscal tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia 8 de febrero de 1996, Caso Murray) y alguna referencia indirecta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1989 mantienen que, cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.”¹⁰¹

¹⁰¹ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1838.

El caso es que la negativa injustificada, cuando dichas pruebas o análisis sean de especial trascendencia a los efectos de la investigación, si bien no podrá tener el valor de una confesión, sí podrá constituir un valioso indicio que permita al Juzgador dar credibilidad al testimonio de la víctima sobre la participación del inculpado.

4.3.4. El recurso a la coacción penal

Acordada por el Juez la prueba biológica, si el sospechoso o el demandado se niega físicamente a permitir su práctica incurrirá en un delito de desobediencia. Apoya dicha interpretación el hecho de que comete tal delito el conductor, requerido por los agentes de la autoridad —ni siquiera por el Juez—, que se negare a someterse a la prueba de alcoholemia.

Sucede, sin embargo, que la pena que establece el Artículo 414 del Código Penal guatemalteco apenas si prevé una multa (de 5 a 50 mil Quetzales) lo que puede compensar en ocasiones a quien pudiera derivársele de una prueba de ADN, con difícil refutabilidad, una responsabilidad penal por delito grave si es el caso de que no existen otras pruebas en contra del imputado y teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia.

4.3.5. La toma subrepticia de muestras

En el tema de la toma de muestras de ADN del sindicado, debe efectuarse una distinción según que se trate de muestras obtenidas indirectamente por hallarse en vestigios que se recogen o muestras extraídas directamente del cuerpo del acusado mediante una intervención corporal. Tema que ya abordé en las páginas anteriores.

Si se trata de células del acusado que son recogidas de vestigios que éste deja, aún involuntariamente, lo relevante será no tanto la recogida sino la posterior autorización judicial para su análisis. La recogida en sí sería intrascendente. Así, la Policía que toma del cenicero la colilla fumada por el sospechoso, siendo posterior la

orden judicial que acuerda su análisis, impediría considerar nula la prueba.

Menos duda ofrece aun el supuesto en que, una vez acordada por la autoridad judicial la práctica de la prueba y notificado el sujeto de tal resolución, ante la eventual negativa a someterse a la misma, la muestra pueda ser obtenida por el juzgador, en ejecución de la resolución judicial desobedecida por el imputado, acudiendo a la obtención de células de aquél sin su consentimiento pero sin el uso de la fuerza (la sangre entregada para un análisis clínico o la muestra entregada para otro procedimiento).

“Se trata, en definitiva, de procurar la ejecución de una resolución judicial. Y tal resolución ya ha optado por limitar los derechos del «muestreado» al decidir la obligatoriedad de la práctica de la prueba. En línea con la solución que se ofrece resulta interesante la cita de la STS 2461/2001, de 18 de diciembre, que, aún con el carácter de *obiter dictum*, resuelve una cuestión de enorme importancia al señalar: «... cabría plantearse si el resultado de un análisis de ADN obtenido en una causa puede utilizarse en otra contra la misma persona aún sin su consentimiento para esta segunda utilización, y no habría razones para la respuesta negativa si la obtención fue inicialmente respetuosa con los derechos del acusado».”¹⁰²

Diferente es el caso en que la argucia es empleada no para obtener el consentimiento, sino para conseguir la muestra sin necesidad de intervención corporal. Un ejemplo clásico, en el ámbito de las pruebas lofoscópicas, consiste en dejar a disposición del sospechoso un objeto tratado con reactivos que recojan sus huellas. Otro ejemplo es ofrecer un cigarrillo para luego recoger la colilla y obtener de ella el perfil de ADN.

¹⁰² Moreno Verdejo, **Ob. Cit.**; pág. 1840.

4.4. Jurisprudencia comparada en materia de la toma de ADN y los derechos fundamentales del sindicado

A continuación reproduzco extractos de las sentencias de los tribunales españoles que, esencialmente, establecen que la toma de ADN no implica, necesariamente, una violación a los derechos fundamentales pues los mismos no deben conceptuarse como absolutos sino como coexistentes con otros derechos que revisten de mayor incidencia para la sociedad.

- STC 217/1989, de 21 de diciembre: “únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia... Por el contrario, las diligencias sumaria les son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECr.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los

Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia; b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída, aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para su defensa, y c)no constituyen medios de prueba en sí mismos los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 279 LECr.), por lo que no constituyen un medio, sino, en su caso, un objeto de prueba. Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 727 LECr., que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales”.

- STC 127/90, de 5 de julio: “... además de los supuestos propiamente dichos de prueba preconstituída en los casos en que se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción, de conformidad con los artículos 726 y 730 LECrim., pueden ser tomados en consideración 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 para su interrogatorio personal [del perito]...”.

- TS, S. 4 de febrero del 91: ..Es evidente que la prueba pericial practicada por el Instituto Nacional de Toxicología no sería muy factible su ratificación en el acto del juicio, toda vez que los informes emanados de dicho Centro, de indudable carácter pericial, poseen unas garantías técnicas de fiabilidad y objetividad, con ámbito nacional, que obligaría a los profesores integrantes del mismo a un desplazamiento constante por toda la geografía nacional. Es por ello, que esta Sala, ya con reiteración, ha otorgado respecto a informes del Gabinete Central de Identificación, la validez y, por tanto, la aptitud enervante de la presunción de inocencia, a los informes periciales sumariales, aunque los peritos dictaminantes no hayan comparecido en el acto del juicio oral, manifestaciones y razonamientos que pueden extenderse a cualquier otra prueba pericial, con idénticas características como la que aquí se examina -cfr. SS 23-2, 2-3, 5, 18 y 19-10-89-. (...) Si la defensa considera que debe interrogar a los autores del informe, puede en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, efectuarlo,... Puede, pues, convocar a los peritos informantes al acto del juicio oral, o bien formular la contraprueba procedente...”.
- TS, Providencia 4 febrero del 94: “...El TC (SS. 5 jul. 90, 11 feb. y 11 mar. 91) expresamente admite la validez de una prueba de la instrucción cuando la pericia procede de organismos oficiales o de funcionarios públicos especialmente dedicados a las tareas de que se trate, si las partes no propusieron prueba alguna para el juicio oral, pudiendo considerarse en tal caso aquella pericia como prueba documental.”.
- STC 103/85, de 4 de octubre: ... como él [el Ministerio Fiscal] sostiene (con apoyo en la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos) ni aun el examen de sangre constituye una ingerencia prohibida por el art. 15 [CE], (...), además el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no

declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia...”.

- TS., S. 15 marzo del 89: “[el imputado] es sujeto del proceso es, a su vez, el objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre la que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas.”.
- TS., 1ª S. 1 marzo del 94: “... el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial...”.
- TC. S. 19 ene de 1994: “...el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar un prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en juicio sobre filiación. (...) Sin que los derecho constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad... (...). Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, per se, una injerencia prohibida (STC 103/85 ,f.j. 3). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 nov. 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, f.j.3). ...Las pruebas biológicas en la medida que

conllevan la práctica de una intervención corporal tan solo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos...”.

- STC 37/89, de 15 de febrero: “... [la intimidad] puede ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus expresiones, ante exigencias públicas.... El ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una realidad física sino cultural.

[Una intervención corporal no puede imponerse] en ningún caso mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución.

[La persona que deba someterse a una intervención corporal] podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes.

(...) Ni la intimidad puede, ...afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, ..., para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (.00)’ que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la LECr.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial...”.

- STC 57/94, de 28 febrero: “... la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto.

La afeción del ámbito de la intimidad corporal, respecto de los ciudadanos que gozan de una situación de libertad, es sólo posible por decisión judicial, que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno –art. 10.1 y 15 CE...

[La intimidad corporal no es] un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad.

Una persona, contra su voluntad, no' puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal...”.

- TS, 2ª S. 21 junio del 94: “Naturaleza de la extracción de sangre desde la perspectiva constitucional. En cuanto se trata de, una intervención corporal que afecta a los derechos fundamentales a la integridad física y corporal (art. 15 CE) y la intimidad (art. 18.1 CE) requiere inexcusablemente un control judicial mediante Auto motivado... En segundo término, tampoco resultaba dudoso que sea necesario el consentimiento del sujeto, es decir, que éste voluntariamente se preste a la extracción. Es cierto que la más reciente y autorizada doctrina científica procesal española propugna, con cita de derecho comparado europeo, la procedencia de la «vis compulsiva»; pero no menos cierto es que la precisión del consentimiento se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (SS. 114, 84, de 29 nov. y 24/92, de 19 feb.)...”.
- TS., S. 18 enero del 93: La CE garantiza la intimidad corporal frente a indagaciones sobre el cuerpo contra la voluntad de la persona, pero “la intimidad corporal no se identifica con una realidad física del cuerpo humano, por lo que no son intromisiones forzadas aquellas que, por las partes del cuerpo humano afectado, no suponen violación del pudor o recato según un

sano criterio. (...) Parece evidente que ha de estimarse que la inspección del interior del cuerpo humano mediante Rayos X no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta al pudor, al menos, en las concepciones dominantes en la sociedad actual, por lo que entendemos que su utilización por la Policía no requiere autorización judicial, máxime cuando, como ocurrió en el caso presente, ello se hizo sin protesta alguna por parte de quienes así fueron examinados”.

- TS, S. 7 junio del 94: La negativa a someterse a una intervención corporal, siempre y cuando se ordene adecuadamente, puede suponer un delito de desobediencia ex art. 237 CP.

4.5. Normativa penal guatemalteca en materia de la toma de ADN y la posible violación de los derechos fundamentales del sindicado

En lo que refiere a la toma de ADN por medio de la extracción de sangre del sindicado, a priori puede considerarse que la misma viola su Derecho constitucional a la integridad física y moral, así como el derecho a la intimidad personal que deriva del derecho a la intimidad corporal. Ambos son derechos humanos y derechos fundamentales. Otro aspecto es que en Guatemala se estima que la toma del ADN se hace violando el principio de legalidad pues se considera que no existe fundamento legal para dicha pericia. Siendo que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el derecho a la no incriminación, también se estima que desde el momento en que se coacciona al sindicado para extraerle sangre, se está violando este derecho.

El centro del debate parte del contenido del Artículo 194 del Código Procesal Penal guatemalteco que desarrolla y busca hacer concurrente la vigencia y el respeto a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política de la República de

Guatemala, a la cual se encuentra jerárquicamente supeditada la normativa ordinaria.

Artículo 194. **(Reconocimiento corporal o mental)**. Cuando, con fines de investigación del hecho punible o de identificación, fuere necesario el reconocimiento corporal o mental del imputado, se podrá proceder a su observación, cuidando que se respete su pudor. El examen será practicado con auxilio de perito si fuere necesario y por una persona del mismo sexo.

Se procederá de la misma manera con otra persona que no sea el imputado, cuando el reconocimiento fuere de absoluta necesidad para la investigación.

Al analizar las circunstancias expuestas, y el contenido del Artículo transcrito, se ha indicado por parte del Doctor Rony López, que: “Con todo ello se aprecia, desde mi particular criterio, que el Artículo 194 no contraviene la oportunidad de realizar cualquier actividad de reconocimiento a una persona que se supone sospechosa de un crimen y con lo cual se requiere que se le identifique, se le determine su naturaleza y las demás circunstancias para medir su participación.”¹⁰³

La garantía de la inmunidad de la declaración, únicamente comprende el derecho del imputado a no ser obligado a prestar declaración, a participar en un careo, a efectuar un rasgo de escritura o intervenir en una reconstrucción de hechos.

Los requisitos que se deben observar para que se practique la toma de ADN, con o sin el consentimiento del sindicado, y para que dicha pericia pueda ser admitida posteriormente como prueba en juicio son:

a) Previsión legal

Para el cumplimiento y realización de las extracciones judiciales se hace necesario su previsión legal, en nuestro medio, se cuenta con una diversidad de Artículos procesales, tales como el 78, 187 y 194 del Código Procesal penal y el Artículo 32 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

¹⁰³ VV. AA., **Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala**, No. 54, pág. 20.

b) Control judicial

El poder del Juez tiene como función esencial determinar la viabilidad de una diligencia judicial requerida, por lo que, a solicitud del Fiscal se produce la autorización judicial (Artículo 308 Código Procesal Penal), que en auto motivado determinará la necesidad y proporcionalidad de la diligencia.

c) Proporcionalidad

El órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucional protegido en donde se evidencie la necesidad de la adopción de la medida que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derechos fundamental sustantivo. Para establecer la proporcionalidad de la medida es necesario ponderar los intereses sociales con los individuales.

d) Necesidad

La necesidad de la diligencia se puede manifestar con la gravedad del hecho que se quiere investigar, la importancia de la diligencia, la posibilidad de éxito de la misma y la falta de peligro para el imputado.

e) *Lex artis*

La diligencia debe de ser practicada por un profesional de la medicina, con el debido respeto a la dignidad en intimidad del sujeto.

“Con estos requisitos se puede tener por completada una autorización y ejecución de la medida judicial, sin ningún riesgo de indefección y de violación a las garantías mínimas del sindicado.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ **Ibid.**, pág. 29.

CONCLUSIONES

1. Las intervenciones corporales, en cuanto medidas restrictivas de determinados derechos fundamentales, constituyen, en la mayoría de las ocasiones, un requisito para poder realizar una prueba biológica.
2. Los derechos fundamentales que comúnmente son puestos en riesgo cuando se realiza la toma de ADN en contra de la voluntad del sindicado son: a) Derecho a la dignidad personal; b) Derecho al respeto a la integridad física; c) Derecho a la libertad; d) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; e) Derecho a la intimidad corporal; f) Derecho a la salud.
3. Las medidas restrictivas de los derechos del individuo pueden gozar de legitimidad y constituir un aporte para la sana convivencia social. Sin embargo, una aplicación excesiva, contraria a derecho, avalada por la ciudadanía y sus autoridades, no haría más que dirigir a la sociedad por un falso camino de seguridad cuyo precio incide en la dignidad del hombre y el entorno de libertad de sus acciones.
4. En la toma directa de ADN, con o sin el consentimiento del sindicado, se deben observar una serie de requisitos que harán posible que dicha pericia pueda ser admitida posteriormente como prueba en juicio: a) Previsión legal; b) Control judicial; c) Proporcionalidad; d) Necesidad, y e) *Lex artis*.
5. La oposición del procesado a la toma de la muestra de ADN, en la etapa de investigación dentro del proceso penal, resulta ilegítima cuando la misma emane de orden de juez competente y con respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales que le asisten como sindicado.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público de Guatemala debe de capacitar a sus agentes en relación al respeto al catálogo de derechos fundamentales que se ven vinculados con la toma directa de ADN y respecto de su procedencia.
2. El Procurador de los Derechos Humanos debe de generar mesas de debate interinstitucionales, en las cuales se discuta respecto de los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados en la toma de ADN y respecto de los mecanismos idóneos para su realización que permitan que dicha toma se realice sin violar los derechos del sindicato.
3. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y la Universidad de San Carlos de Guatemala deben promover la discusión científico-doctrinaria respecto de los errores que se presentan en la práctica de la toma de ADN y de cuáles deben ser los procedimientos idóneos que permitan la realización de la pericia y, a su vez, el respeto de los derechos fundamentales que le asistan al sindicato.
4. El Organismo Judicial y el Ministerio Público deben capacitar a los juzgadores y Agentes Fiscales, que controlan y participan en la investigación, para que la toma directa de ADN reúna los requisitos procedimentales necesarios y se garantice el pleno respeto a los derechos humanos del sindicato.
5. La Defensoría Pública Penal y el Ministerio Público deben capacitar a sus defensores y agentes fiscales en cuanto a los alcances de la legítima resistencia del sindicato para oponerse a la toma directa de ADN. Esclareciendo que la resistencia deja de ser legítima cuando ha sido autorizada por juez competente.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto. **Introducción al Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-hoc, 1993.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **Diccionario de Derecho constitucional, garantías y amparo**. México: Ed. Porrúa, 1984.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho procesal civil**. 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1988.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio. **Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Madrid, España: (s.e.), 2003.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Belén María. **El ADN desde una perspectiva penal**. (15 de julio de 2008) <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200612-11156578461200.html>.
- Fundación Mirna Mack. **Valoración de la prueba** (compilación). Serie: Justicia y derechos humanos. Guatemala: Ed. Litografía Arte, 2001.
- GALIANO, José. **Derechos humanos. Teoría, historia, vigencia y legislación**. Tomo I y II. Santiago de Chile: Ed. LOM, 1996.
- GALVIZ ORTÍZ, Ligia. **Comprensión de los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI**. 3a. ed.; Bogotá Colombia, Ed. Aurora, 2005.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho**. Madrid, España: Ed. Dilex, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Validez y valor de las pruebas científicas. La prueba de ADN**. (02 de enero de 2007), <http://www.uv.es/CEFD/15/gascon.pdf>.
- GUZMÁN CÓRDOVA, César Roberto. **La prueba penal**. Guatemala: Ed. Praxis, 2007.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo. **Los registros de ADN y los derechos constitucionales**. (02 de enero de 2007), <http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Herrera%20Bravo,%20Rodolfo.pdf>.
- JAUCHEN, Eduardo. **Tratado de la prueba en materia penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.
- JAUREGUI, Hugo Roberto. **Introducción al Derecho probatorio en materia penal**. Guatemala: Ed. Magna Terra, 1999.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREX, Tomás. **Las pruebas biológicas en el proceso penal**.

- Consideraciones sobre la identificación por el ADN.** Universidad de La Laguna, España, (02 de enero de 2007), <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2003/Vol03-14.pdf>.
- MORENO VERDEJO, Jaime. **ADN y proceso penal**, (02 de enero de 2007), <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf>.
- MUÑOZ ARNAU, José. **Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho español**. Madrid, España: Ed. Aranzadi, 1998.
- NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. 10a. ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2006.
- PALLARES, Eduardo. **Diccionario de Derecho procesal civil**. México: Ed. Porrúa, 1994.
- PERRETTA PAIVA, Marco. **El Genoma Humano. Los derechos de la persona que está por nacer**. España: Ed. Universidad Santo Tomás de Aquino, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4a. ed.; España: Ed. Tecnos, 1991.
- Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. España: Ed. Océano, 1992.
- Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. España: Disco compacto, 2003.
- SEGURA MUNGUÍA, Santiago. **Frasas y expresiones latinas de uso actual**. Bilbao: Ed. Universidad Deusto, 2007.
- Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal**. En: <http://www.lexureditorial.com/boe/0612/22583.htm>
- VALENZUELA, Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. Colección Fundamentos, 2a. ed.; Guatemala: Ed. Óscar de León Palacios, 2003.
- VILLA-REAL MOLINA, Ricardo y Miguel Ángel del Arco Torres. **Diccionario de términos jurídicos**. 2a. ed.; Granada, España: Ed. Comares, 2006.
- VV. AA., **Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala**. No. 54. Enero-Diciembre 2007. Guatemala: Ed. Ingrafic, 2007.

VV. AA., **I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos**. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Ed. Centro de Impresiones Gráficas, 2002.

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución Política de la República de Guatemala**. En vigencia a partir del 14 de enero de 1986, y sus reformas.

Asamblea General de las Naciones Unidas. **Declaración Universal de Derechos Humanos**. Nueva York, diciembre 10 de 1948.

Conferencia Internacional Americana. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Aprobada en la 9a. Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Conferencia Internacional Americana. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Aprobada mediante Decreto Número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 30 de marzo de 1978. Ratificada mediante Acuerdo de fecha 27 de abril de 1978.

Asamblea General de las Naciones Unidas. **Convención contra la Tortura y Otros Trato o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**. 10 de diciembre de 1984. Aprobada mediante Decreto 52-89 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 12 de octubre de 1989. Adhesión por medio de Acuerdo Gubernativo de fecha 23 de noviembre de 1989.

Asamblea General de las Naciones Unidas. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Nueva York, diciembre 19 de 1966. Aprobado mediante Decreto Número 69-87 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 30 de noviembre de 1987. Adhesión, 6 de abril de 1988.

Asamblea General de las Naciones Unidas. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Nueva York, diciembre 19 de 1966. Aprobado mediante Decreto Número 9-92 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 19 de febrero de 1992. Adhesión, 16 de marzo de 1992.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 17-73. **Código Penal**. Guatemala: 1973. Y sus reformas.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 51-92. **Código Procesal Penal**. Guatemala: 1992. Y sus reformas.