

59

ELEMENTOS DE CRIMINALÍSTICA EN LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES DEL DERECHO. UN EJEMPLO DE ANÁLISIS CRÍTICO PARA ESTUDIANTES

ELEMENTS OF CRIMINOLOGY IN THE TRAINING OF LEGAL PROFESSIONALS. AN EXAMPLE OF CRITICAL ANALYSIS FOR STUDENTS

Pablo Ermely Espinosa Pico¹

E-mail: ua.pabloep80@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2768-5912>

Byron Javier Chulco Lema¹

E-mail: ua.byroncl97@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2584-9564>

Diego Francisco Granja Zurita¹

E-mail: ua.diegogranja@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1305-3895>

¹Universidad Regional Autónoma de Los Andes Ambato. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Espinosa Pico, P. E., Chulco Lema, B. J., & Granja Zurita, D. F. (2023). Elementos de criminalística en la formación de profesionales del derecho. Un ejemplo de análisis crítico para estudiantes. *Revista Conrado*, 19(92), 510-519.

RESUMEN

La carrera de Derecho en Ecuador no profundiza en la rama criminalística, de ahí que exista la necesidad de dotar a los estudiantes de conocimientos del marco regulatorio asociado al empleo de las técnicas criminalísticas. Por tanto, este trabajo tiene como objetivo mostrar un ejemplo para estudiantes de la carrera de Derecho de estudio comparado y análisis crítico de la situación actual de la prueba de ADN en el ordenamiento jurídico, de forma comparativa con otras legislaciones, y con especial énfasis en la regulación de la toma de muestras mediante la coacción o por medios subrepticios. Desarrollado el ejercicio crítico se concluye que este tipo de práctica permite identificar los elementos fundamentales en cuanto a doctrina, disposiciones jurídicas, marco legal y vulneración de derechos, además de formarse un juicio crítico de la legislación. El análisis presentado considera como referentes las legislaciones de otros países del área geográfica y de Europa, pudiendo emitirse un juicio crítico en relación a las regulaciones sobre toma de muestras con fines de investigación criminal con respecto la práctica vigente en Ecuador. Finalmente se sugieren posibles reformas legales que buscan solucionar la problemática provocada por vacíos en el ordenamiento jurídico de esta materia.

Palabras clave:

Legislación, derecho comparado, análisis crítico, criminalística, carrera de Derecho

ABSTRACT

The law degree in Ecuador does not delve into the criminology branch, hence the need to provide students with knowledge of the regulatory framework associated with the use of criminalistic techniques'. Therefore, this work aims to show an example for law students of comparative study and critical analysis of the current situation of the DNA test in the legal system in a comparative way with other legislations and with special emphasis on the regulation of taking of samples by coercion or by means of overweight. Once the critical exercise has been developed, it is concluded that this type of practice allows the identification of the fundamental elements in terms of doctrine, legal provision, legal framework and violating of rights, in addition to forming a critical judgment of the legislation. The analysis presented considers the legislations of the other countries in the geographical area and Europe as a reference, being able to issue a critical judgment in relation of the regulations of the subject, demonstrates for criminal investigation purposes with respect to the current practice in Ecuador. Finally, possible legal reforms were uploaded that seek to solve the problem caused by gaps in the legal system of this matter.

Keywords:

Legislation, comparative law, critical analysis, criminology, law career

INTRODUCCIÓN

La criminalística y el derecho penal guardan una relación relevante, ambas convergen en la existencia de un delito; aunque con finalidades y naturaleza distintas, se puede decir que la criminalística es accesoria al derecho penal, toda vez que a través de la ley penal se definen los hechos que constituyen delito en una sociedad determinada, en un momento dado. De lo anterior emerge una condición necesaria, como punto de partida para la operacionalización criminalística, y es el quebrantamiento de la ley penal. En suma, hay una secuencia, primero la comisión de un delito o hecho punible y luego el despliegue de las ciencias forenses para su esclarecimiento. De ahí que se considera a la Criminalística dentro de las ciencias auxiliares del derecho penal. *La Criminalística está ubicada entre las ciencias auxiliares del Derecho Penal; no obstante, dada su naturaleza interdisciplinaria colabora con la administración de justicia en todas sus áreas. Es así que el avance tecnológico y científico demanda la profesionalización del criminalista, lo que constituye un desafío para la Educación Superior (Robles, 2019).*

Por el papel y lugar de la Criminalística en la formación de la carrera de Derecho en Ecuador, se requiere de un aprendizaje de calidad. Es por ello por lo que se dice que el tema del desarrollo de habilidades se ha posicionado como uno de los más importantes en el ámbito educativo, a su vez la intensificación de los estudios teóricos con respecto al mismo ha provocado la existencia de diversidad de criterios y definiciones sobre el desarrollo de habilidades que se han manifestado a través del tiempo.

Al ser la Universidad el lugar donde el alumno adquiere las herramientas para desempeñar su trabajo profesional, la Criminalística adquiere una gran importancia, sin embargo, en Ecuador las Universidades que ofertan la carrera de Abogado, no contienen en sus planes de estudio la materia de Criminalística de manera independiente, la misma es concebida dentro de otras materias como las Ciencias Penales y la Medicina Legal, donde se da un trato netamente teórico, la metodología utilizada es de libre elección por parte del docente, pocos son los catedráticos que realizan algo de actividades prácticas vinculadas a la Criminalística. El desarrollo de habilidades prácticas en el proceso de enseñanza - aprendizaje de la Criminalística es importante en la formación profesional de los estudiantes de Derecho, pues les facilitará la constatación de delitos y la identificación de sus autores para la resolución de procesos penales (Machado & Gonzáles, 2020).

Según (Machado, 2020) las Ciencias Penales aportan una sólida base a la formación del Abogado, abarcan

conocimientos generales de la evolución de las ciencias en las cuales el Derecho Penal se sustenta, aporta el análisis de los diferentes aspectos de convicción que serán valorados en el proceso, por lo que contribuye básicamente al perfil profesional del egresado. La Criminalística se relaciona con la actividad probatoria en las distintas fases del proceso en sí, se debe considerar auxiliar del Derecho Penal, ya que aporta fuentes de pruebas y, en casos excepcionales, pruebas anticipadas que sirven de sustento al Ministerio Fiscal para ejercer la acción penal pública, que se deben introducir al proceso penal mediante prueba pericial y documental con el objetivo de formar parte del material probatorio que sirve de base a la resolución definitiva.

En los últimos años es notable el incremento del uso de investigaciones forenses debido al advenimiento de las nuevas tecnologías y a una mayor conciencia de lo que la ciencia forense tiene que ofrecer. La introducción de la objetividad, como concepto derivado del aseguramiento de la calidad, la estadística y el razonamiento probabilístico han situado a la ciencia forense en proceso de transición. Partiendo de la exigencia de la validez científica de la prueba, aparecen valores añadidos encaminados a la mejora de la integración de la cadena forense, desde el lugar de los hechos hasta el juzgado. Por estas razones, la ciencia forense mira hacia un futuro en el que la normalización de sus disciplinas sea garantía de la fiabilidad de la prueba, lo que permitirá un lenguaje común y la comprensión compartida de los resultados significativos, para asistir a los procesos judiciales y a la aplicación de la ley (Soria, 2018).

A pesar del avance de las técnicas investigativas de Genética Forense, todavía existen gran cantidad de casos criminales no resueltos y en muchos casos inabordables por su antigüedad. Recientemente se ha asistido al nacimiento de una nueva disciplina forense, la genealogía forense o genealogía genética investigativa, que permite que muchos de estos casos puedan ser resueltos satisfactoriamente combinando la tecnología de análisis de ADN y las herramientas de búsquedas genealógicas (García, 2018).

Los estudios de ADN tienen su origen de manera relativamente reciente. Antes de descubrir la secuencia de ADN y lo que implica para el ser humano, las investigaciones criminales eran mucho más largas y tediosas. A raíz del descubrimiento de la genética humana y de cómo funciona, muchos profesionales comenzaron a investigar y a usar el ADN como herramienta en los peritajes. Los estudios de ADN son utilizados en la ciencia forense, por ejemplo, para posicionar a una persona en una escena del crimen. También se puede utilizar para determinar los

parentescos o relaciones biológicas entre distintos sujetos. Hoy el uso de técnicas moleculares como la NGS, pirosecuencia, RAPD y RFLP, permite el estudio de un genoma completo o secuencias específicas de ADN de secuencias largas o cortas con el fin de detectar y analizar secuencias de interés para la investigación en las ciencias agronómicas, forenses, diagnóstico clínico e investigación básica, traslacional y aplicada (Merchán et al., 2017).

La Genética forense es la rama de la genética que utiliza la prueba de ADN como medio de investigación criminal, es una especialidad de la genética que incluye el conjunto de procesos y conocimientos que se requieren al investigar y resolver problemas o casos tratados por las ramas jurídicas (Garzón, 2018). Las técnicas de ADN como métodos de identificación de individuos por medio del uso de marcadores moleculares se han convertido en una de las herramientas más utilizadas en la investigación criminal en los últimos años.

Se podría decir que la genética forense ha adquirido una importancia tal que ha dejado de ser una rama o especialidad de la genética a ser por sí misma una entidad de estudio y desarrollo científico, este rápido desarrollo ha ido de la mano de los grandes avances tecnológicos de las últimas décadas. En consonancia con estos avances de las ciencias del campo forense relacionado con la criminalística, surge la necesidad de que el proceso de enseñanza aprendizaje de esta ciencia contribuya a la formación de los Abogados para que puedan desarrollar exitosamente su función profesional en la sociedad ecuatoriana.

Al derecho comparado se le califica como una metodología o disciplina para el estudio o la enseñanza del derecho. Este tiene su base en la comparación, de allí su nombre, de las diversas respuestas o soluciones que plantean las leyes existentes para un mismo caso. En este sentido, no se le puede llamar o considerar una rama del derecho, sino una técnica de estudio o de análisis jurídico.

El derecho comparado, entendido este como un método, se puede aplicar o usar ante cualquier área o ámbito del derecho. Para que esto proceda de esta manera, es necesario que se hagan estudios concretos y delimitados de leyes, instituciones y precedentes jurídicos que permitan el análisis llamado de micro-comparación. Este análisis o estudio permite ver una panorámica más amplia del asunto estudiado desde los ángulos disponibles para obtener la respuesta o solución a un asunto legal.

Ahora bien, es posible que este asunto legal merezca un estudio más amplio que considere dos sistemas o estructuras jurídicas. Es allí cuando el derecho comparado

echa mano del análisis denominado macro-comparativo, el cual, a diferencia del anterior, involucra variables más amplias. Una vez que se establecen los puntos en común y los que difieren entre los marcos legales, llega el momento de establecer con parámetros de operacionalización para llevarlos a la práctica con factores medibles que demuestren los resultados del derecho comparado.

En el nuevo paradigma universitario existe también mayor conciencia sobre la enseñanza práctica de la formación académica (Benfeld, 2017). Las propuestas de enseñanza del derecho más actuales tienden a incluir prácticas laborales reales, cuyo principal exponente es el practicum, pero también cursos basados en la simulación, en el estudio de casos o experiencias de laboratorio, así como el estudio comparado de la legislación de diferentes países.

Como se mencionó anteriormente, la carrera de Derecho en Ecuador no profundiza en la rama criminalística, de ahí que esta investigación identifique como problema la necesidad de dotar a los estudiantes de conocimientos del marco regulatorio asociado al empleo de las técnicas criminalísticas que pueden servir en la presentación elementos de argumentos técnicos y científicos en sus alegatos, ya sea en el papel de defensores o acusadores.

Por tanto, este trabajo tiene como objetivo mostrar un ejemplo para estudiantes de la carrera de Derecho de estudio comparado y análisis crítico de la situación actual de la prueba de ADN en el ordenamiento jurídico, de forma comparativa con otras legislaciones, y con especial énfasis en la regulación de la toma de muestras mediante la coacción o por medios subrepticios. También se propondrán reformas legislativas para subsanar los problemas encontrados. Con ello se espera dotar a los estudiantes de un ejemplo de ejercicio de derecho comparado y análisis crítico que les sirva de base para próximas investigaciones.

MATERIALES Y MÉTODOS

La metodología utilizada a lo largo de la investigación se fundamenta en un estudio del tema objeto de análisis desde varias perspectivas y metodologías como son,

- Observación científica. Se utiliza para observar el problema a investigarse, consistente en la verificación del marco jurídico vigente. Con este método empírico se permite recopilar datos necesarios para establecer una comparación entre ambas legislaciones.
- Análisis Documental. Es un método empírico que permite mediante la recopilación de información tanto de libros, códigos, leyes, determinar y analizar los criterios de expertos sobre el presente problema a

investigarse. Se recopiló información bibliográfica, doctrinaria e investigaciones académicas de los dos países.

- Método hermenéutico jurídico para analizar la normativa aplicable al objeto de estudio y concerniente a leyes o códigos jurídicos, que permiten relacionar dimensiones jurídicas y está orientado tanto a la adquisición, sistematización y trasmisión de conocimientos jurídicos como a la solución de conflictos en el ámbito del derecho como una forma de acceso a la realidad jurídica.
- Método histórico-lógico. Se utiliza en este caso para realizar la investigación sobre el origen de la sobre la toma de muestras biológicas, su finalidad y legalidad.

Se la inicia a la investigación señalando la importancia del análisis genético aplicado a la investigación criminal

Se revisó la función procesal del análisis genético en su doble dimensión como diligencia de investigación y como prueba pericial. Luego se analiza la injerencia en derechos fundamentales que conlleva la intervención corporal necesaria para la toma de muestras biológicas, señalando los derechos que pueden ser vulnerados por esta intervención.

Para poder evidenciar los vacíos legales que se pueden encontrar sobre la toma de muestras biológicas se analiza la legislación vigente, así como la doctrina, jurisprudencia y proyectos legislativos sobre los sujetos afectados por la toma de muestras para análisis genético. Señalando las diferentes teorías doctrinarias a favor y en contra de la toma coactiva y subrepticia de muestras, comparativamente con la legislación española.

Finalmente se presenta un análisis de la situación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y se presenta una propuesta legislativa que regule de mejor manera la toma de muestras biológicas dentro del proceso penal.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Las investigaciones criminales se desarrollan en torno a la recolección de evidencias biológicas entre otras, evidencias que se dan gracias a ese intercambio de muestras biológicas entre el autor y la víctima (Garzón, 2018), pudiendo encontrárselas en el escenario del crimen, en las armas utilizadas y hasta en el mismo autor o la víctima.

El uso del ADN en la investigación criminal ha sido muy productivo, pero también la utilización de esta técnica puede afectar a los derechos fundamentales de las personas, lo que como se ha visto solo es justificable si se realiza con las garantías establecidas en la normativa internacional e interna. Esto ocurre ya que no son afectados derechos absolutos, por lo que pueden limitarse en

favor del principio de la búsqueda de la verdad y eficacia del proceso penal entre otros.

Durante todo el proceso que conlleva este método desde la toma de la muestra, su análisis y luego la introducción del perfil en la base de datos, diferentes derechos pueden ser vulnerados. Derechos como la integridad física y moral, derecho a la intimidad personal, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la determinación informativa y el derecho a la intimidad genética (Etxeberria, 2000).

Si se analizan estos derechos que pueden ser vulnerados en clasificación acorde al momento en el que pueden tener lugar estas injerencias se pueden distinguir cuatro etapas:

1. Cuando se toma la muestra de ADN,
2. Cuando se analizan las muestras recogidas, siendo diferente la inferencia si el análisis es de una persona conocida o de muestras abandonadas de propietario desconocido,
3. Cuando se envían los resultados de los análisis a bases de datos,
4. Cuando se transmiten los datos o se utilizan en una búsqueda (Soletto & Alcoceba, 2013).

En cada una de estas fases la vulneración a los derechos puede ser en mayor o menor grado, si el análisis se realiza de una muestra indubitada o de un material dubitado abandonado, ya que cuando se obtiene el perfil genético del lugar de los hechos no se conoce la identidad del dueño de la muestra por lo que el nivel de la injerencia es menor. La primera etapa de recogida de muestras ha recaído tradicionalmente en la misma categoría que las búsquedas de carácter intrusivo, en donde se requiere una intervención física paralela al grado de invasión que requiera la recopilación de la muestra. De esta manera los derechos que podrían ser afectados en la toma de muestras que es la etapa que se analizara en este trabajo son: el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no ser sometido a tratos degradantes, el derecho a la intimidad y el derecho a la no autoincriminación (Soletto, 2016).

El derecho a la integridad física y moral que en un inicio se podría pensar como el primero en verse afectado, según manifiesta la jurisprudencia siguiendo la doctrina la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular, tal como se expresa en (Ecuador. Corte Constitucional De Justicia, 1996).

Es por ello que debe regularse en base a la intensidad de los sufrimientos ocasionados a una persona, es decir que las nociones del artículo 15 de la Constitución de Ecuador sobre torturas, penas o tratos inhumanos o penas y tratos degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala, entrañando todos ellos padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Por lo que se puede deducir que las investigaciones genéticas no vulneran el artículo 15 de la Constitución de Ecuador ya que este análisis primero debe cumplir ciertas garantías y de la misma forma no es necesario producir lesiones de gravedad alguna para efectuar la toma de muestras. El Tribunal Constitucional ha manifestado que el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en curso de un proceso penal, según (Corte Constitucional De Justicia del Ecuador, 1994) y de la misma forma (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1979) ha descartado que estas prácticas atenten contra este derecho si esta prueba está prevista por la ley y razonablemente motivada por decisión judicial dentro de un proceso criminal.

Sin embargo, no solo se debe proteger constitucionalmente al individuo de actos que puedan causar daño o lesión corporal, sino también de cualquier acción sobre el cuerpo sin consentimiento de la persona afectada. Por lo que la intervención corporal para recoger muestras podría ser una injerencia al derecho a la integridad física e incluso a la intimidad según se trate de que zona de cuerpo se recoja la muestra. El Tribunal Constitucional ha señalado que no todas las zonas del cuerpo merecen la misma protección constitucional dependiendo si la zona es íntima o no, según (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1978).

Sujetos afectados por la toma de muestra para análisis genético.

En el ordenamiento jurídico español la toma de muestras está regulada en el artículo 363.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), que se introdujo en la Ley Orgánica 15/2003 este señala que siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de

proporcionalidad y razonabilidad (Jefatura del Estado, 2003).

Con la misma Ley Orgánica también se reguló en el artículo 326 de la LECrím en su párrafo tercero la normativa sobre recolección de muestras biológicas dubitadas al decir que cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282 (Jefatura del Estado, 2003).

La Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 10/2007 que norma la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que establece la facultad de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policía judicial para la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado así como del lugar del delito establece que para la investigación de los delitos enumerados en la letra a/ del apartado 1 del art. 3 la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito.

La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos delitos a los que se refiere son delitos graves y en todo caso que afecten a la vida, libertad, indemnidad, libertad sexual, integridad de las personas y el patrimonio, si es realizado el agravio con fuerza sobre las cosas o violencia e intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada. Este precepto señala también la necesidad de autorización judicial expresa en los casos en los que el sujeto pasivo no de su consentimiento.

En este mismo sentido la reforma de la Ley Orgánica 13/2015 al art. 520.6 de la LECrím, señala sobre la toma de muestras refiriéndose al momento cuando el sujeto afectado este detenido. De esta regulación señalada se entiende que se tiene bases legales para la toma de muestra sobre el sujeto pasivo de la investigación penal, sea que el mismo este en calidad de detenido, sea sospechoso, investigado o encausado. El término que anteriormente se utilizaba como imputado se sustituyó por el de investigado o encausado en conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica 13/2015, por lo que el investigado será la persona que está bajo investigación por su relación con el delito, y el encausado será la persona

que una vez finalizada la instrucción de la causa la autoridad judicial impute formalmente su participación en el delito. Pese a estos cambios en las denominaciones se entiende que el sujeto pasivo del proceso penal en la fase de instrucción, es sobre el que se puede tomar muestras cuando se cumpla las previsiones legales, por lo que el régimen jurídico señalado abarca a detenidos, sospechosos, investigados y encausados (Alcoceba, 2018)

Esta condición de sospechoso, como señala el legislador, despierta confusión y no da claridad a la aplicación de la ley. Puesto que, a diferencia del investigado, encausado y el detenido, ser sospechoso es un estado procesal no delimitado por la legislación ni por la doctrina y no es de uso habitual por el legislador. Esto es importante especialmente cuando se regula diligencias que pueden vulnerar la esfera de derechos fundamentales, donde se ha preferido utilizar otros términos como personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, como en las Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985 y 175/985 referida a escuchas telefónicas. En esta sentencia se señalaba que resulta indispensable que existan indicios, lo que no equivale a sospechas ni conjeturas, y en el mismo sentido la doctrina española sobre intervenciones corporales también señalaba que deben concurrir indicios no meras sospechas como en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, según refiere (Etxebarria, 2004)(Etxebarria, 2004 #877;Etxebarria, 2004 #877).

El término sospechoso tiene un uso policial para designar a varios sujetos que integran la lista de posibles implicados en el delito en las etapas preliminares o iniciales de investigación, por lo que este término hace alusión a todas las personas que la policía considera implicadas en el hecho delictivo sin requisitos suficientes como para imputárseles cargos, pero de las que se cree que puedan estar implicadas en el hecho delictivo. Es más, un sujeto considerado como sospechoso al inicio de la causa si no llega a tener un estado procesal mayor puede no llegar a haber ni si quiera constancia de esto, ya que puede no llegar a ser nunca citado ni detenido, lo que se da cuenta de la amplitud exagerada del término en relación con las personas que pueden ser objeto de la diligencia.

Pero la doctrina ha señalado que no se debe generalizar el estado procesal de sospechoso por el hecho que no se necesite un acto formal para serlo. Sino más bien requiere de la existencia de sospechas confiables y verídicas basadas en la concurrencia de indicios que permitan trazar un nexo lógico y razonable entre la comisión del delito y la persona a la que se le denomina sospechoso (Alcoceba, 2018). De esta forma el sospechoso al igual que el investigado y el encausado tomara este estatus basado en

cumplir requisitos o razones individualizadas y subjetivas que le relacionen con el hecho delictivo.

De cualquier manera, la regulación sobre toma de muestras sobre el cuerpo del sospechoso, investigado o encausado requiere que este preste su consentimiento informado o debido a la negativa del consentimiento se otorgue una autorización judicial. En este sentido se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo 685/2010 de 7 de julio donde pese a reconocer que aún quedan dudas y vacíos legales pendientes en la materia ya se diferencia entre los supuestos:

- a. Cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial.
- b. Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.
- c. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial.

La Sentencias del Tribunal Constitucional 135/2014 de 8 de septiembre, señala el consentimiento como fuente de legitimación constitucional de las injerencias en los derechos a la intimidad personal y genética. Esto es, cuando sin autorización judicial, pero si con el consentimiento expreso del sujeto pasivo de la intervención la policía judicial puede tomar la muestra por medio de una intervención corporal leve, por lo que se puede entender el consentimiento y la autorización judicial como dos requisitos comunicantes entre sí.

Prueba de ADN en el proceso penal ecuatoriano.

En Ecuador como respuesta a la urgente necesidad de modernizar y actualizar la normativa vigente en materia penal por los normales y constantes cambios sociales

que se dan por el transcurso del tiempo se promulgó el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014. Si bien este código como uno de los pilares de la modernización que se dio en toda la función judicial ecuatoriana sirvió mucho en ciertos temas que necesitaban cobertura legal inmediata, el legislador ecuatoriano no puso mucho énfasis en temas como la prueba genética dentro de la investigación penal.

Debido a esto en el ordenamiento ecuatoriano es poca la normativa que hace referencia a la prueba genética. En este sentido el artículo 459 numeral 1 del COIP dentro del capítulo que trata sobre las actuaciones de investigación, como una de las principales referencias normativas sobre el tema que se está tratando señala que, para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

Siguiendo la línea general del ordenamiento ecuatoriano siempre garantista de derechos, de forma excesiva muchas veces, el consentimiento en la actualidad es la principal forma de autorización de la toma de muestras genéticas para su análisis e introducción dentro del proceso judicial. Pero como se puede apreciar no se señala de forma expresa los requisitos que debe tener el consentimiento para considerarse válido y tomando en cuenta que en la actualidad el consentimiento es el principal requisito para que se ejecute una toma de muestras genéticas este debería estar desarrollado de forma más amplia y precisa en la legislación. Como se ha analizado en este documento el consentimiento debe ser libre, voluntario, no viciado y principalmente informado.

El requisito de que el consentimiento sea informado es muy necesario en este tipo de medidas dada la capacidad investigadora que tienen los análisis de vestigios biológicos y el afectado debe conocer estos alcances siendo la mejor forma para garantizar este requisito la asistencia letrada. Siendo esta una doble garantía para el estado al evitar posibles vicios e ilicitud probatoria y para el sujeto pasivo de la toma de muestras para tener un conocimiento eficaz sobre el consentimiento que otorga. Por lo que sería importante una reforma legal en este sentido desarrollando los requisitos necesarios para que este consentimiento sea válido, así como regulando la asistencia letrada para todos los sujetos pasivos de la toma de muestras.

Es importante destacar que de forma expresa se señala que el sujeto pasivo de la toma de muestras no puede ser sometido de forma coercitiva a esta medida por lo que en el ordenamiento ecuatoriano es imposible en la actualidad una toma coactiva de muestras biológicas. De esta manera la autorización del juzgador si bien puede expedirse y legitimar la toma de muestra sin consentimiento, pero su ejecución es difícil al no poder constreñir al sujeto pasivo de la medida. Aquí se evidencia un vacío legal como el que antes existía en el ordenamiento español y se solucionó con la cobertura legal de la toma coactiva por medio del artículo 520. 6 de la LECrim. Estos vacíos legales traen consigo consecuencias como que la policía o fiscalía tenga que recurrir a subterfugios legales para perseguir los delitos, que conllevan más peligro al debido proceso judicial y a derechos como la defensa y presunción de inocencia que la toma coactiva de muestras genéticas.

La final del proceso penal es binaria, pues, de un lado, garantiza la vigencia y respeto a los derechos humanos del imputado, y del otro, soluciona el conflicto de intereses que supone todo crimen, para lo cual se busca la verdad aproximativa que deriva de la confrontación de los hechos alegados y probados mediante los distintos medios permitidos (Ríos & Espinoza, 2022).

De acuerdo con la doctrina que indica que el cumplir una orden judicial es una obligación procesal y dado que esta medida de toma de muestras puede interferir en derechos como la libertad e intimidad, es necesario recordar que los derechos no son absolutos sino pueden limitarse siempre que sea condicionado a los requisitos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Para la toma de muestras es necesaria una intervención corporal por lo que se puede extender la aplicación de jurisprudencia.

En el ordenamiento español sobre esta medida se señalan como requisitos para justificar la injerencia de forma objetiva:

1. La existencia de un fin constitucionalmente legítimo que sería en este caso el principio de búsqueda de la verdad, descubrimiento del delito y persecución del delincuente,
2. Principio de legalidad
3. Jurisdiccionalidad,
4. Motivación de la resolución,
5. Principio de proporcionalidad (Alcoceba, 2018)

De igual manera cabe señalar que en comparación con otros ordenamientos sudamericanos suscriptores de los mismos tratados en materia de derechos humanos que el estado ecuatoriano, estos ya ostentan regulación legal

expresa que permite la toma de muestras genéticas de forma coactiva como es el caso de Chile con el artículo 197 de su Código Procesal Penal y Argentina en el artículo 218 del Código Procesal Penal. Por lo que es imperativo una reforma legal que avale de manera expresa esta medida señalando siempre como rectores de la misma el principio de proporcionalidad y la debida ponderación entre derechos individuales y derechos de interés general tomando en consideración el principio de búsqueda de la verdad y de persecución de los delitos, así como la eficacia de la administración de justicia.

Esta reforma deberá incluir, para cumplir el principio de legalidad, de forma expresa las medidas como tomar esta muestra coactiva no limitándose al frotis bucal. Esto como sucede en el ordenamiento jurídico español que si bien señala que con la negativa a someterse al frotis bucal se deberá toma las medicas coactivas mínimas indispensables y proporcionales al caso para tomar la muestras, esta inexactitud legal no deja claro cuáles son los pasos para tomar cuando el sujeto pasivo se resiste al frotis bucal. De esta manera es necesario que se prevea la posibilidad de utilizar otras intervenciones corporales leves, como el frotis epitelial de cuello o frente u otras similares, que en situaciones en que el afectado resiste con fuerza física a la intervención estas serian las más adecuadas desde mi punto de vista.

Usando como modelo el ordenamiento austriaco, que opta como medida de intervención corporal leve para la toma coactiva de muestras el frotis bucal, pero cuando esta se dificulta se procede a utilizar un frotis de la piel de cuello u de la nuca en función de la posición que tenga el sujeto pasivo. Se utilizan dos agentes que retienen al afectado mientras otra toma la muestra de la piel según la posición de la cabeza, haciendo un breve frotamiento en la nuca o en el cuello, así respetando la dignidad e integridad de una mejor forma que obligando a abrir la cavidad bucal para extraer la saliva. Esta modificación o aclaración en la norma servirá para evitar posibles ilicitudes probatorias en base al principio de legalidad y proporcionalidad y la ejecución de toma de muestras que las defensas pueden utilizar para invalidar la intervención (Álvarez, 2018).

El artículo 463 del COIP que regula la obtención de muestras señala las siguientes reglas para la obtención de muestras de fluidos corporales, componentes orgánicos y genético moleculares se establece que:

1. No se podrá realizar pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre, de objetos situados en el cuerpo u otras análogas, si se teme menoscabo en la salud y dignidad de la persona objeto de examen.

2. Cuando el examen deba realizarse en víctimas de infracción contra la integridad sexual o en una niña, niño o adolescente, se tomarán las medidas necesarias en función de su edad y género para precautelar su dignidad e integridad física y psicológica. Los exámenes se practicarán con estrictas condiciones de confidencialidad y respeto a la intimidad. Salvo que sea imprescindible, se prohibirá someterle a la persona nuevamente a un mismo examen o reconocimiento médico legal. Los profesionales de la salud que realicen estos exámenes estarán obligados a conservar los elementos de prueba encontrados en condiciones de seguridad, que serán entregados inmediatamente al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, y deberán rendir testimonio anticipado o podrán ser receptados mediante video conferencias de acuerdo con las reglas del presente Código (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

De esta manera se da una especial importancia a la salud y a la dignidad de la persona afectada por la intervención y más aún en el caso de menores y victimas. En las víctimas se protege siempre la integridad física y psicológica, así como la intimidad y se evita siempre la revictimización. Desde la última reforma del sistema judicial ecuatoriano se ha venido a dar importancia a la victima desde la reparación integral de los daños causados y siempre evitando la revictimización acorde a las corrientes modernas jurídicas en donde la víctima es un sujeto central del proceso judicial.

Ciertamente la protección de los derechos de la victimas es de suma importancia, pero también estos no pueden perjudicar la eficacia y no pueden ser contrarios a los fines del proceso, así como deberán ponderarse con otros derechos como el de la defensa y presunción de inocencia de los demás partícipes del proceso penal. La toma coactiva de muestras de la víctima deberá regularse de forma expresa con las debidas precauciones para evitar la revictimización y cuidar la integridad física al momento de la toma de muestras y el derecho a la intimidad al momento de los análisis y posible difusión de los datos. De forma clara y precisa deberá señalarse esta posibilidad de toma coactiva a la víctima como medida de último ratio en casos excepcionales debidamente razonados y motivados. Así como esta deberá tener ciertos si se puede llamar así privilegios, con la finalidad de proteger su integridad psicológica y evitar la revictimización, como el poder contar con una persona de confianza además de el abogado al momento de la toma de la muestra tomando como ejemplo el artículo 21 de la Ley Orgánica 4/2015 del estatuto jurídico de la víctima citado en este documento.

Propuesta de legislación para la toma de muestras genéticas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Toma de muestras biológicas para pruebas genéticas de ADN

Artículo 1. – Régimen General. Para la obtención de muestras biológicas es preciso el consentimiento expreso de la persona a quien se realizara la toma de muestras o autorización judicial. El juez podrá ordenar la obtención de muestras biológicas para la obtención del perfil genético del imputado, de la víctima o de otra persona, cuando esto sea necesario para su identificación o sea beneficiosa y pertinente para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto debidamente motivado donde se expresen, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Para tales fines, serán admisibles intervenciones corporales como mínimas extracciones de saliva, piel, cabello, sangre u otras muestras biológicas, que sean adecuadas según los principios de razonabilidad y proporcionalidad, estas deberán realizarse por personal médico calificado y si es necesario con la ayuda de elementos de la policía, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la salud e integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida.

Cuando la toma de muestras deba realizarse sobre la víctima del delito, se tomarán las medidas necesarias en función de su edad y género para precautelar su dignidad, integridad física y psicológica. Los exámenes se practicarán con estrictas condiciones de confidencialidad y respeto a la intimidad, evitando la revictimización y resguardando los derechos específicos de la víctima, quien podrá tener presente una persona de su confianza al momento de la intervención. Si la toma se realiza por orden judicial esta deberá ser de forma excepcional debidamente razonada y justificada.

Artículo 2.- Consentimiento. Cuando se otorgue el consentimiento para la toma de muestras biológicas por parte del investigado o cualquier otra persona este deberá ser libre, voluntario, informado y precisará la asistencia letrada. Cuando no se otorgue de forma expresa el consentimiento, será indispensable la autorización judicial.

Artículo 3.- Coerción. Cuando previa autorización judicial deba ejecutarse la medida mediante el uso de la coerción física, deberá practicarse de la manera menos lesiva para la persona y su dignidad, mediante las medidas coactivas proporcionales teniendo consideración las circunstancias del caso. En caso de resistencia física del sujeto pasivo se deberá optar de forma proporcionada por el frotis epitelial de cuello o nuca, con la ayuda de la fuerza

pública que de la forma que mas respete la dignidad y la integridad de la persona procederán al sometimiento mínimo necesario para la toma de la muestra.

Artículo 4.- Muestras Abandonadas. Se podrá tomar muestras abandonadas con autorización judicial previa, solamente cuando no se pueda realizar la toma de muestras directas y siempre que sea posible alcanzar certeza de la pertenencia de la muestra. No se podrá utilizar engaños o argucias para posibilitar o ayudar a la recolección de las muestras.

CONCLUSIONES

La utilización de la genética forense como medio de la investigación criminal ha revolucionado los métodos de investigación e identificación criminal y es uno de los pilares de la criminalística en la modernidad. Para el ejercicio del derecho es imprescindible en la actualidad la apropiación de conocimientos de criminalística y técnicas forenses, los cuales deben adquirirse durante la formación académica los futuros juristas.

Se cumple el objetivo de realizar un análisis doctrinal y de la legislación como ejemplo para estudiantes de la carrera de Derecho con especial énfasis en la regulación de la toma de muestras mediante la coacción o por medios subrepticios. Este tipo de ejercicio permitió identificar los elementos fundamentales en cuanto a doctrina, disposiciones jurídicas, marco legal y vulneración de derechos, además de formarse un juicio crítico de la legislación. El análisis presentado consideró como referentes las legislaciones de otros países de área geográfica y de Europa, pudiendo emitirse un juicio crítico en relación a las regulaciones sobre toma de muestras con fines de investigación criminal con respecto la práctica vigente en Ecuador.

El análisis crítico permitió discurrir que en Ecuador debe regularse normativamente de forma expresa la forma en que se llevara a cabo la toma. Es decir, si no es posible la toma de muestras por medio del frotis bucal o resulta desproporcionada para el afectado, ya sea por estado de salud o edad avanzada, la legislación debe prever la posibilidad de utilizar otras intervenciones corporales leves. Las cuales pueden ser el frotis epitelial de cuello o frente, así como otras similares. Evitando así injerencias desproporcionadas en derechos como la integridad física y dignidad, así como posibles ilicitudes probatorias en base al principio de legalidad y previsibilidad de la ley.

Se presentó dentro del ejercicio de análisis una propuesta de legislación para la toma de muestras genéticas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde la toma coactiva de muestras biológicas de terceros distintos al investigado se debe normar de forma expresa. Esta se podrá

ordenar siempre que se motive en la resolución judicial la proporcionalidad de la medida, tomando especial interés en la gravedad del delito, deber de colaboración con la justicia, la necesidad de la medida y su idoneidad. Dentro de la idoneidad deberá hacerse un análisis de la relación costo beneficio de la medida, así como las posibles dilaciones que esta pueda causar en el proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alcoceba, J. (2018). *El análisis genético forense en el proceso penal español*. Tirant lo Blanch.
- Álvarez, M. (2018). *Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica*. Universidad de Vigo, España. <http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/handle/11093/990>
- Benfeld, J. (2017). El nuevo paradigma universitario de acceso universal: su origen, características y alcances en relación a la enseñanza del Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 44(2). <https://dx.doi.org/10.4067/so718-34372017000200575>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento N. 180. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución Política de la República de Ecuador*. Registro Oficial N. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Corte Constitucional De Justicia. (1994). *Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994*. Ecuador
- Etxebarria, J. (2004). Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la Ley Orgánica 15/2003. *Justicia: Revista de derecho procesal*, 1(2), 145-192.
- Etxebarria, J. (2000). *Los Análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*. Comares.
- García, O. (2018). Genealogía forense. Implicaciones sociales, éticas, legales y científicas. *Revista Española de Medicina Legal*, 47(3), 112-119. DOI: 10.1016/j.reml.2020.06.001
- Garzón, J. (2018). *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*. In (Primera edición ed., pp. 17). Wolters Kluwer.
- Jefatura del Estado. (2003). *Ley Orgánica 15/2003*. España. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/11/25/15>
- Machado, M., E., & Gonzáles, M. (2020). Desarrollo de habilidades prácticas en criminalística en la formación de abogados en Ecuador. *Amauta*, 18(35), 145-165.
- Machado, M. E. (2020). *Desarrollo de habilidades prácticas en los estudiantes de la carrera de Derecho mediante el proceso enseñanza aprendizaje de la Criminalística*. [Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias de la Educación]. Universidad de Matanzas. Cuba.
- Merchán, M., Torres, M. I., & Díaz, A. K. (2017). Técnicas de Biología Molecular en el desarrollo de la investigación. Revisión de la literatura. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 16(5). <https://revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/1651/18670>
- Ríos, G. A., & Espinoza, A. R. (2022). La necesidad de declaración bajo juramento o promesa de honor del imputado como medio de prueba. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 163(Enero-Abril).
- Robles, C. R. (2019). Nociones Generales De Criminalística. *Anuario de Derecho*, 48 – Año XXXIX(Edición anual diciembre 2018-noviembre 2019), 245-253
- Soletto, H. (2016). Parámetros europeos de limitación de derechos fundamentales en el uso de datos de ADN en el proceso penal. *Revista General de Derecho procesal*, 38(enero). http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416946&d=1
- Soletto, H., & Alcoceba, J. (2013). Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN. In Dykinson (Ed.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (pp. 325-344).
- Soria, M. L. (2018). La ciencia forense en proceso de transición. *Revista Española de Medicina Legal*, 44(3), 108-114. DOI: 10.1016/j.reml.2017.11.002
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1978). *Caso Tyrer*. Reino Unido
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1979). *Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos 8278/78*.