



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE IBARRA**

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

INFORME FINAL DEL TRABAJO DE GRADO

TEMA:

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA PROHIBICIÓN DE LA
INTERVENCIÓN CORPORAL EN LOS PROCESOS PENALES EN EL
CANTÓN IBARRA”**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

**13 Derecho, participación, gobernanza, regímenes políticos e
institucionalidad**

AUTOR/A : Amaya Pantoja Ana Gabriela

ASESOR/A : Dr. Jimmy Ricardo Vásquez Bedón, Msc.

IBARRA, ENERO – 2019

Ibarra, 30 de Enero 2019

DR. JIMMY RICARDO VÁSQUEZ BEDÓN, MSC.

ASESOR

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.

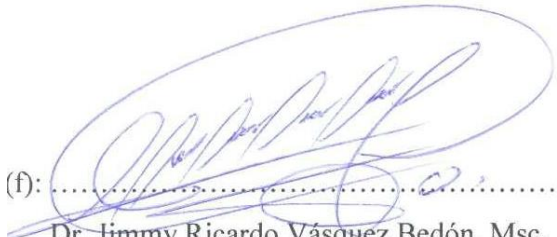
(f):.....

Dr. Jimmy Ricardo Vásquez Bedón, Msc.


C.C.1002190161

PÁGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):

(f): 
.....
Dr. Jimmy Ricardo Vásquez Bedón, Msc.

C.C.1002490161

(f): 
.....
Dr. Nelson Joaquín Lalama Proaño

C.C.1001772308


.....

Dra. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

C.C.1001644119

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Ana Gabriela Amaya Pantoja, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 66 del Instructivo de Trabajo de Grado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI), que en su parte pertinente manifiesta textualmente: “Forma parte del patrimonio de la universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional de la universidad”

Ibarra, 30 de Enero de 2019

(f):

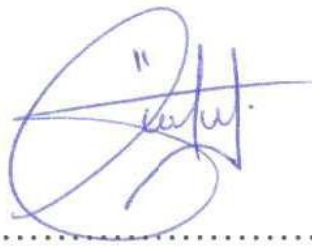


.....
Ana Gabriela Amaya Pantoja

C.C.: N° 100359156-5

AUTORÍA

Yo, Ana Gabriela Amaya Pantoja, portadora de la Cédula de Ciudadanía N° 100359156-5, declaro que la presente investigación es de total responsabilidad de la autora, y que se ha respetado las diferentes fuentes de información realizando las citas correspondientes.



(f):

.....
Ana Gabriela Amaya Pantoja

C.C.: N° 100359156-5

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ana Gabriela Amaya Pantoja, portadora de la Cédula de Ciudadanía N° 100359156-5, autora del trabajo de grado intitulado: “Análisis jurídico de la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva por la prohibición de la intervención corporal en los procesos penales en el Cantón Ibarra”, previo a la obtención del título profesional de abogada, en la Escuela de Jurisprudencia:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede - Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCESI el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, 30 de Enero de 2019



(f):

Ana Gabriela Amaya Pantoja

C.C.: N° 100359156-5

ÍNDICE

1.- Resumen y palabras claves.....	1
2.- Abstract.....	2
3.- Introducción.....	3
4.- Estado del Arte.....	11
5.- Materiales y métodos.....	41
6.- Resultados y Discusión.....	48
7.- Conclusiones y Recomendaciones.....	51
8.- Referencias Bibliográficas.....	55
Anexos.....	60

1. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El numeral 1° del Art 459 del Código Orgánico Integral Penal prohíbe la intervención corporal no autorizada, lo que difiere en su contenido con las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el Proceso Penal del año 1992, las cuales, en su Art. 23, respetan la voluntad del afectado en materia de intervenciones corporales, estando facultados los jueces y juezas penales, en el caso que se trate de delito grave y sin que traiga peligro a la salud afectado, para que esta intervención sea coactiva, siempre que se practique por parte de un profesional de la medicina quien deberá ajustarse a la *lex artis*, exigiendo el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona. En el Código Orgánico Integral Penal, aun cuando se trate de delitos contra la humanidad o de carácter grave esta disposición del COIP obstruye la verdad judicial en el caso que la única prueba que se precise para verificar o no la autoría de un delito, sea la extracción de muestras para verificar que el ADN del sospechoso de cometer un ilícito coincida con las encontradas en el lugar de los hechos.

PALABRAS CLAVES: intervención corporal, prueba de ADN, consentimiento del afectado, extracción compulsiva de muestras, verdad judicial.

2. ABSTRACT

The numeral 1 of Art 459 of the Comprehensive Criminal Code prohibits unauthorized corporal intervention, which differs in its content with the Minimum Rules of the United Nations Organization for Criminal Proceedings of 1992, which, in its Art. 23, they respect the will of the affected party in the matter of corporal interventions, being empowered the criminal judges, in the case that it is a serious crime and without bringing danger to the affected health, so that this intervention is coercive, provided that practice on the part of a medical professional who must adjust to the *lex artis*, demanding the maximum respect for the dignity or privacy of the person. In the Comprehensive Criminal Organic Code, even when dealing with crimes against humanity or of a serious nature, this COIP provision obstructs the judicial truth in the case that the only evidence required to verify or not the authorship of a crime, be the extraction of samples to verify that the DNA of the suspect of committing an illicit coincides with those found at the scene.

KEY WORDS: body intervention, DNA test, consent of the affected, compulsory sample extraction, judicial truth.

3. INTRODUCCIÓN

La idea principal del trabajo y la motivación para realizarlo que impulsó a esta investigadora fue analizar jurídicamente la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que dice relación con las intervenciones corporales en el proceso penal, proponiendo una reflexión acerca del principio *nemo tenetur se detegere* o de no autoincriminación, el cual no puede ser tratado de modo absoluto, como se demostrará en la presente investigación, especialmente en las hipótesis en que los intereses colectivos, la seguridad pública y la paz social son superiores a los intereses particulares, lo que se ha plasmado a nivel internacional en las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992 que permiten las intervenciones corporales, con pleno respeto a la dignidad de la persona investigada, velando por la tutela judicial efectiva de ambas partes del proceso, tanto la víctima o sus familiares y del victimario, en el caso de un delito penal y recurriendo al principio de proporcionalidad hacer prevalecer los derechos de mayor relevancia social, en el caso de pugna entre los derechos de las partes de la causa, derechos fundamentales que en el caso de las señaladas Reglas de Mallorca fueron sopesados atendiendo a la indispensable de la prueba pretendida con la colaboración de la persona de quien se requiere la intervención corporal y del modo que traiga menor gravamen al acusado atendiendo a su dignidad e integridad física y psíquica.

Destacable es señalar que son excepcionales los casos legales en que se adopte un examen técnico subordinado a la voluntad del agente para que pueda concretarse, lo que implica hacer prevalecer los intereses públicos y la paz social sobre los absolutismos individualistas, destacando que, en términos médicos y periciales, los exámenes de laboratorio, sean de recolección de sangre, orina y otros fluidos corporales son socialmente aceptables y utilizados con gran frecuencia en la vida de los ciudadanos, sin que ello implique un procedimiento vejatorio o degradante, de acuerdo a la numerosa doctrina, legislación y jurisprudencia en la que se ha fundamentado la presente investigación.

La tutela judicial efectiva es amplia, de acuerdo a lo que expresan los juristas chilenos Dres. Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez cuando en su artículo *El*

derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, cuando expresan:

La noción de «derecho a la tutela judicial» importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la auto tutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales. Este derecho se deduce de [...] la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. El elemento definitorio de este derecho es la concurrencia de todos los presupuestos jurídicos que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso [...] el derecho a las garantías de un justo y racional procedimiento, se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento en el logro de la tutela judicial efectiva [...] La tutela será plena cuando se pueda accionar ante la jurisdicción directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella, que den una respuesta de fondo a los intereses o derechos legítimos respecto de los que se reclama y que se traduzca en una sentencia fundada y pública con la efectividad de cosa juzgada y con garantía de su cumplimiento (García Pino & Contreras Vásquez, 2013, pp. 244 - 245)

La tutela judicial efectiva tiene relación con ambas partes del proceso, tanto autor como víctima, y, obviamente, ello tiene estrecha relación con la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, razón por la cual hacer depender el curso de la causa con la negativa a practicarse una intervención corporal, produce desequilibrios en favor del autor del delito o del sospechoso del mismo, razón por la cual la jurisprudencia y doctrina comparada claramente ha determinado que la intervención corporal no involucra una autoincriminación.

Las intervenciones corporales están autorizadas en un instrumento internacional de derechos humanos, como lo son las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, que en su Art. 23 disponen:

Art. 23.- Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad

del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona (Organización de las Naciones Unidas, 1992, Art. 23)

Claramente el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, establece que prevalece la voluntad del afectado en lo que dice relación con las intervenciones corporales, pero establece la posibilidad de la intervención coactiva o contra la voluntad del afectado, cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, que debe tener el carácter de grave, siempre que se realice mediante la intervención de un profesional médico ajustado a la *lex artis*, a fin de no afectar la salud del afectado y con absoluto respeto a su dignidad o intimidad.

En concordancia con las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca las intervenciones corporales son definidas por el penalista español Dr. Nicolás González – Cuéllar Serrano, en su obra *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, quien, además, indica la procedencia de la vía coactiva en razón del principio de proporcionalidad:

Las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa, si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él [...] es admisible y necesaria la utilización de la coacción directa para la aplicación de las medidas de intervención corporal, pues aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en su ejecución, sí estaría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resistiese, los órganos de persecución podrían legítimamente proceder a la detención del individuo y a la aplicación de la fuerza para llevar a efecto la medida, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resultase desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso. (González - Cuellar Serrano, 1990, pp. 290 y 294)

Por su parte, el penalista español Dr. Eduardo Moner Muñoz, en su artículo *Las intervenciones corporales*, claramente expresa que, si bien, siempre debe prevalecer el consentimiento del afectado, la vía coactiva debe reunir determinados requisitos que se desprenden del Art. 23 de las Reglas de Mallorca, cuando indica:

Toda intervención corporal, cuya constitucionalidad pueda admitirse, exigirá para que se acuerde: a) Que se decrete por la Autoridad Judicial en virtud de imputación suficiente e indicios bastantes sin necesidad de inculpación formal; b) En resolución motivada; c) Que no exista otro medio para descubrir el presunto delito; d) Que el delito que se pretende investigar sea de notoria gravedad; e) Que no exista peligro para la salud del afectado; f) Que aquella se practique siempre por un profesional de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona; y g) Es primordial la proporcionalidad entre la gravedad del delito y las medidas ordenadas, de tal forma que de la ponderación entre los intereses individuales y sociales en conflicto, se desprenda mayor relevancia de los segundos, y dicho interés deberá ser más alto (Moner Muñoz, 1993, p. 180)

En consecuencia, en el Ecuador existe una norma incompleta, que debe complementarse con los requisitos a que hace referencia el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, también expuestas por el penalista español Dr. Eduardo Moner Muñoz.

Esta norma del Código Orgánico Integral Penal es contradictoria con las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal, que hace prevalecer la voluntad del sospechoso de cometer un delito, lo que impide a los juzgadores lleguen a la verdad judicial, porque, como se señaló, la intervención corporal en el Ecuador depende de la simple voluntad del supuesto autor del delito, lo que implica que el COIP transgreda las disposiciones de una Convención Internacional de Derechos Humanos, las cuales deben prevalecer sobre las del COIP.

El simple análisis de numeral 1° del Art.459 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, implica una disposición incompleta, porque no establece qué diligencia

corresponde cuando la persona a quien debe practicarse la intervención corporal se niega voluntariamente a ésta, cuando dispone:

Art. 459.- Actuaciones.- Las actuaciones de investigación se sujetarán a las siguientes reglas:

1. 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 (Código Orgánico Integral Penal, 2008, Art. 459 N° 1)

Esta disposición además de hacer caso omiso a un instrumento internacional de derechos humanos, como las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, hace caso omiso, igualmente del principio de proporcionalidad, razón por la cual, resulta inadmisibles que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia prevalezca la voluntad del posible afectado frente a la necesaria aplicación del poder deber del Estado de buscar la verdad real en el ámbito procesal cuando el delito sea grave, lo que lleva a colegir que no se consideró en esta norma el principio de proporcionalidad, presente en la historia desde los inicios de la civilización.

En efecto, respecto de la intervención corporal contra la voluntad del afectado, el penalista argentino Dr. Carlos Carboni, quien en su obra *La prueba penal ante la coerción del imputado*, expresa:

La extracción de sangre, de cabellos y/o vello pubiano, muestras epiteliales, es legítima en contra de la voluntad del sindicado si cumple los requisitos indispensables de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia y no viola su derecho a la intimidad, la integridad física ni tampoco su dignidad humana, ya que solo afecta en forma leve la integridad corporal y no se viola la prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuando son realizados por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud. Tampoco es necesario su previo consentimiento para llevar a cabo la diligencia de extracción de muestra sanguínea (Carboni, 2007, pp 107-108)

El principio de proporcionalidad está claramente contemplado en el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, porque claramente de acuerdo a informe de la Asamblea Legislativa de Portugal, en su informe *Utilización de ADN en la investigación criminal* se atiende a la gravedad del delito, en la cual respetuosamente, me permito destacar los siguientes ejemplos:

- ❖ En el Art. 123 del Código del Proceso Penal de Austria, que permite la extracción compulsiva de sangre en el caso de un delito que tenga una pena de privación de libertad superior a 5 años (Asamblea Legislativa de la República de Portugal, 2014, pp. 23, 35 y 57)
- ❖ Igualmente, en el Reino de Bélgica procede la extracción compulsiva de sangre, de acuerdo a la ley de 22/03/1999, en el caso de un delito que tenga una pena de privación de libertad igual o superior a 5 años (Asamblea Legislativa de la República de Portugal, 2014, pp. 23, 35 y 57)
- ❖ En el caso de la Ley Federal N° 242-FZ de 03/12/2008 de la Federación Rusa, de acuerdo a su Art. 7, es obligatoria la intervención corporal y registro de genoma respecto de autores de delitos graves y especialmente aquellos contra la inviolabilidad y libertad sexual (Asamblea Legislativa de la República de Portugal, 2014, pp. 23, 35 y 57)

La legislación comparada, dentro de la cual se ha destacado algunas, se permite la extracción compulsiva atendiendo la gravedad de la pena asignada al delito.

Fuera de la legislación invocada, la doctrina comparada establece que la intervención corporal no implica una autoincriminación, de acuerdo a lo que expresa el penalista español Dr. José Francisco Etxeberria Guridi, en su obra *Las Intervenciones Corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal*, las intervenciones corporales no constituyen una confesión, cuando indica:

Las diligencias de indagación que recaigan sobre el propio cuerpo 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 [...] no pueden catalogarse como obligaciones de auto incriminarse (Etxeberria Guridi, pág. 518).

Además, la jurisprudencia y doctrina comparada ha determinado que una intervención corporal, como la extracción de unas gotas de sangre, en caso alguno implica un trato cruel, inhumano o degradante, ni una transgresión al principio de no autoincriminación, como ocurrió con la resolución de la Sala V^a de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, que confirmó sentencia de primera instancia en el caso M.J.R. s/robo – extracción compulsiva de sangre de 30/12/2012, que resolvió:

La decisión judicial que ordenó la extracción compulsiva de sangre a los fines de realizar un estudio comparativo no afecta la prohibición de autoincriminación por cuanto el imputado no puede eludir dicha medida y se encuentra obligado a someterse a su realización, no como sujeto de la relación procesal, sino como objeto de prueba en el proceso: [...] El agravio del recurrente en orden a que la extracción compulsiva dispuesta afectaría la prohibición de autoincriminación no merece ser atendido. Ya con anterioridad a la sanción de la ley 26.549, nos hemos pronunciado en el sentido de que el imputado no puede eludir dicha medida, pues se encuentra obligado a someterse a su realización no como sujeto de la relación procesal, sino como objeto de prueba en el proceso [...] De ahí que su oposición resulte irrelevante, máxime teniendo en cuenta que una mínima extracción de sangre no implica de modo alguno un menoscabo a su salud o integridad corporal (Sala Va de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, 2012, Parte Resolutoria)

Para la jurisprudencia argentina, la persona a que se somete a una intervención corporal no es un «sujeto de la relación procesal», sino un «objeto de prueba en el proceso» a quien no se exige confesión o declaración verbal alguna, sino que le extraen apenas unas gotas de sangre que en caso alguno implica un trato cruel, inhumano o degradante, ya que solo de esta muestra se obtiene en la confrontación datos acerca de la participación o no del indiciado como autor del delito, razón por la cual esta diligencia no implica autoincriminación, de acuerdo a lo que señala la mencionada jurisprudencia.

Además, el procedimiento siempre hace prevalecer el consentimiento del afectado, pero los procedimientos difieren, como se determinará en el análisis del derecho comparado, particularmente en los casos del procedimiento penal francés, que sanciona al que se niega a una extracción con pena privativa de libertad y una multa de € 15.000

(quince mil euros, es decir, USD. 17.100 diecisiete mil cien dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

Objetivos

Objetivo General: Analizar el conflicto existente entre las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, que en su Art. 23 permite, en determinados casos la intervención corporal sin autorización del sospechoso, con el numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, el cual exige, 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.

Los objetivos específicos son los siguientes:

- ❖ Contextualizar las situaciones teórico - doctrinarias mediante la investigación legal, jurisprudencial y doctrinaria a fin de tener una visión omnicomprensiva de la diligencia de intervención corporal [extracción compulsiva de sangre] al presunto autor de un delito.
- ❖ Indagar, mediante una entrevista un juez de la Corte Provincial de Imbabura y dos jueces de Garantías Penales del Cantón Ibarra si la intervención corporal [extracción compulsiva de sangre] constituye un trato cruel, inhumano o degradante a las que se refiere el literal c) del numeral 3 del Art. 66 de la Constitución de la República.
- ❖ Determinar, con los datos obtenidos, que la intervención corporal forzosa del sospechoso de cometer un delito no vulnera la integridad, dignidad ni la intimidad de éste, porque constituye una simple prueba pericial que se confronta con los vestigios encontrados en el lugar de los hechos.

Hipótesis: ¿Es ajustado a derecho que en la investigación del cometimiento de un delito prevalezca la voluntad del supuesto autor, de conformidad al numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal o deben prevalecer los instrumentos internacionales de derechos humanos como las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, que permiten, en el Art. 23 esta intervención contra la voluntad del sospechoso cumpliendo ciertos requisitos?

Variable independiente: aplicar directa e inmediatamente los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales especialmente las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el Proceso Penal, de conformidad al inciso 2° del Art, 426 de la Constitución de la República, a fin de permitir excepcionalmente la intervención corporal cuando el delito es grave y los bienes jurídicos protegidos consisten en asegurar el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral de los miembros de la sociedad, o, en su caso para utilizar los medios indirectos de obtención de huellas genéticas sin necesidad de intervención corporal.

Variable dependiente: determinar los inconvenientes que presenta la aplicación del numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, que exige en todo examen médico o intervención corporal el consentimiento de la persona quien se podrá negar a ésta lo que paraliza, en el Ecuador, la investigación para determinar si el examinado tuvo una participación culpable o penada por la ley o es inocente.

4. ESTADO DEL ARTE

4.1. Generalidades

En materia penal es frecuente que encuentran en el lugar del delito determinados vestigios, que, por lo general, son pequeñas muestras de residuos biológicos, los cuales consisten en pequeñas muestras de residuos biológicos, siendo fundamental, para este proceso el examen de ADN (ácido desoxirribonucleico) que revela las informaciones genéticas que pueden incriminar o absolver a los sospechosos, pero esta incriminación o absolución requiere de varias etapas que van desde la mera recolección de muestras a la

intervención corporal para confrontar las muestras recolectadas con la extracción de muestra al sospechoso de cometer el delito, lo que en Ecuador es imposible obtener si éste se opone, de conformidad al numeral 1º del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, a que se le practique coercitivamente, la prueba de ADN.

A lo anterior se añade que, en varios países del mundo, existen diversos registros de bases de datos de ADN, lo que no existe en el Ecuador, al contrario de otros países, como expresa la Dra. en Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tasmania, Australia, Dra. Vanessa Díaz Rodríguez, quien en su artículo *Sistemas biométricos en materia criminal: un estudio comparado*, expresa:

En Australia se permite el registro de ADN de sospechosos, de delincuentes que cometieron delitos graves, de personas convictas y de voluntarios; en Nueva Zelanda se permite el registro de ADN de cualquier sospechoso de cualquier delito que esté sujeto a registro de antecedentes criminales —78 delitos— 59 delitos graves de personas convictas y de voluntarios. Por su parte, España autoriza el registro de ADN de convictos, de delincuentes que cometieron delitos graves y de voluntarios. Mientras que en México se permite el registro de ADN no sólo de sospechosos, delincuentes con delitos graves, de convictos y voluntarios; también se incluyen las muestras voz (*Díaz Rodríguez, 2013, p. 43*)

Respecto del proceso de recolección de ADN en el lugar de los hechos y diligencias posteriores, referentes a las etapas que deben desarrollarse en la justicia de los diversos países, los profesores, el titular de genética y genética forense Dr. Francisco Mestres Naval y el catedrático emérito de Microbiología Forense Medioambiental, Dr. Josep Vives-Rego, ambos de la Universidad de Barcelona, en su artículo *Bancos y bases de datos genéticos para usos forenses*, al referirse al proceso de toma de muestras, análisis e interpretación de resultados, expresan:

En líneas generales el llevar a cabo la denominada prueba del ADN en los procedimientos policiales y penales consta básicamente de cinco fases: i) la toma de muestras en el lugar de los hechos previa inspección ocular u obtención por extracción directa del detenido, sospechoso o imputado; ii) el análisis del ADN contenido en las muestras que se hacen llegar al laboratorio; iii) los datos obtenidos se contrastan con los perfiles genéticos disponibles en los bancos de datos; iv) interpretación de los

resultados (gracias a las bases de datos) que siempre deben serlo en términos de probabilidad y v) incorporación de los datos e interpretaciones obtenidos en las actuaciones del proceso penal para su utilización como prueba (Mestres Naval & Vives Riego, 2009, p. 240)

Las etapas i) y ii) no requieren de la intervención corporal del sospechoso de cometer el delito, pero en lo que respecta a las etapas iii) y iv) éstas no son factibles de efectuarse ni verificarse en nuestro país porque en el Ecuador no existen bancos de datos genéticos, lo que impide interpretar los resultados, por las señaladas razones, existiendo como única alternativa, para confrontar las muestras del laboratorio, la intervención corporal de la persona indiciada, sin embargo, aparte de no existir estos bancos de datos, cualquiera obtención de muestra o examen corporal, requiere del consentimiento del supuesto autor del delito, a quien no se puede coaccionar para obtener la muestra, por prohibirlo expresamente el numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, a que se ha hecho referencia anteriormente.

En relación al estado del arte, necesario es destacar que nuestra legislación procesal penal no se ajusta a la normativa internacional, porque las diversas etapas policiales y judiciales que requiere la prueba de ADN, éstas no pueden culminarse cuando se llega a la intervención corporal, porque prevalece, como se ha señalado anteriormente, la voluntad del supuesto autor del delito, sobre el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral de la sociedad, consagrado en el numeral 8 del Art. 3° de la Constitución de la República.

4.1.1. La intervención corporal como medio de prueba en el proceso penal

El penalista colombiano y catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma y la Universidad Nacional de Colombia Dr. Oscar Augusto Toro Lucena, en su artículo *Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites*, expresa:

Las intervenciones corporales inciden, exclusivamente, en el cuerpo humano, se practican – la mayoría de las veces – sin el consentimiento de la persona, adoptándose como diligencias que forman parte de una investigación, con el fin de buscar evidencia que pudiera hallarse en el interior de la entidad corpórea y, a la postres, llevarla a formar

parte de un proceso, ya sea a favor o en contra de la persona intervenida (Toro Lucena, 2010, p. 191)

Estas intervenciones corporales a nivel internacional cumplen con el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, que permiten la intervención forzada contra la voluntad del o la persona sospechosa de cometer un delito, destacando, como se señalará en el cuerpo de esta investigación que existen países en que la intervención ni siquiera requiere del consentimiento de la persona, pero que requieren necesariamente de asesoría médico profesional para velar por la salud e integridad del afectado.

De acuerdo Dirección de Servicios de Documentación, Información y Comunicación, dependiente de la División de Información Legislativa y Parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la República de Portugal, titulado *Utilización del ADN en la investigación criminal, Legislación*, cuando expresa:

El Art. 149 del Código del Proceso Penal de la República de Eslovenia que “se encuadra en el ámbito de las disposiciones del procedimiento pre – judicial, como parte del proceso preliminar, estableciendo que la policía deberá recoger una muestra salival de la persona, cuando hubiere motivos razonables para acreditar que esta persona cometió un delito por el cual el autor es procesado de oficio y cuando sea absolutamente necesario (División de Información Legislativa y Parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la República de Portugal, 2014, p. 40)

4.1.2. Concepto de intervención corporal

El jurista español Dr. Nicolás González-Cuellar Serrano, en su obra *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, define a las intervenciones corporales como:

Las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él (González Cuéllar Serrano, 1990, p. 290)

El concepto del jurista español tiene plena concordancia con el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, en el sentido que siempre se respetará el consentimiento de la persona de quien se precisa la intervención corporal pero, en el caso de delitos graves, se puede proceder contra la voluntad de éste, siempre por parte de un profesional de la medicina de acuerdo que cumpla con la y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona, como determina el referido precepto internacional.

Respecto de las intervenciones corporales, importante es lo que manifiesta la jurista argentina Dra. Elizabeth Aguilar Barría en su obra ponencia *Los medios de prueba invasivos del cuerpo humano y su incidencia en el proceso penal de un Estado de Derecho*, presentada en el Seminario relacionado con el Proyecto de Investigación —Bases para la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Tierra del Fuego en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) Sede Río Grande, Facultad de Derecho, ciudad de Usuahia, cuando se refiere a la confrontación entre el derecho a la no autoincriminación y la verdad real del proceso, al indicar:

El derecho procesal penal comprende la conjunción de dos intereses, por un lado el interés del Estado de descubrir y reprimir los delitos; por el otro, el interés del imputado o de terceros en hacer valer los derechos que reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y demás leyes vigentes. En tal directriz Claus Roxin refirió que «Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales» (Aguilar Barría, 2014, p. 2)

En la presente tesis se analiza esta confrontación destacando que en materia internacional está prevaleciendo la posición de intervención corporal compulsiva, la que se consagró en el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, existiendo numerosa jurisprudencia y normativa europea, especialmente de Alemania, Francia y Grecia, que permiten la extracción compulsiva de sangre para muestras de ADN, señalando que la extracción de sangre en ningún caso implica un trato cruel, inhumano o degradante. Situación que también se observa en la jurisprudencia argentina, destacando

que mayoritariamente, especialmente, en los países de la Unión Europea se permite la extracción compulsiva de muestras de sangre, cuando se trate de delitos que tengan una pena superior a 5 años, lo que en el Ecuador no se aplica, pese a que nuestro país ratificó las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, como se señaló anteriormente.

A los tratos crueles, inhumanos y degradantes se refiere la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 18/01/1978, en el caso Irlanda c/Reino Unido, como señala el Catedrático de Derecho Constitucional Universitat Rovira i Virgil de Tarragona, Cataluña, España, Dr. Jaume Vernet, en su artículo *Los registros corporales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)* determinó qué se entiende por tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuando expresa:

Por tratos inhumanos, de acuerdo [...] se entiende aquellos que provocan voluntariamente graves sufrimientos mentales o físicos, mientras que pena degradante se refiere a una situación de humillación o sensación de envilecimiento a una persona ante otra o le empuja a actuar contra su voluntad o consciencia, suponiendo en ambos casos sentimientos de miedo, angustia y de inferioridad, y que los humillan, envilecen y rompen eventualmente su resistencia física y moral [...] Cuando una inspección corporal ocasione padecimientos de los tipos descritos supra se vulnerará el derecho a la integridad física (Vernet, 2017, p. 104)

De acuerdo a lo expuesto, la extracción de unas gotas de sangre del afectado, en caso alguno implica todas las consecuencias negativas a las que se refiere el Dr. Jaume Vernet.

4.1.3. La intervención corporal en la jurisprudencia comparada

4.1.3.1. Corte Constitucional de la República de Italia

La Corte Constitucional de la República de Italia, en sentencia 54/86, que consta en la Revista *Giurisprudenza Costituzionale*, consideró:

Es procedente el examen hematológico, porque es una práctica médica de administración ordinaria de justicia que no daña la dignidad o la psiquis de la persona ni tampoco la coloca en riesgo de muerte o perjudica su integridad o salud, salvo en casos patológicos excepcionales que un perito fácilmente puede determinar. Sería una “mínima prestación personal impuesta al imputado o a un tercero, de conformidad a un método de investigación normal y legítimo [...] En el año 1995, la Policía Científica recurrió a exámenes genéticos para la producción de prueba en casi mil delitos. En un 65% de los casos hubo sumisión voluntaria al examen; en un 34% de los casos fue necesaria la coercibilidad y en un 1%, aproximadamente 10 casos, el juez no consideró oportuno atender al pedido de coerción para la consecución para la obtener resultados. (Corte Constitucional de la República de Italia, 1996, p. 2.155)

Claramente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Italia, determinó que los exámenes hematológicos (de ADN) constituyen una práctica pericial médica ordinaria de la Administración de Justicia que no constituye en caso alguno un trato cruel, inhumano o degradante, porque no daña ni la dignidad o la psiquis de la persona examinada, no colocándola igualmente en riesgo de muerte, ni afectándola integridad de la misma, no procediendo solamente en casos patológicos graves que el perito médico puede determinar.

4.1.3.2. Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina, de fecha 22/03/2001, recurso de casación “Oliva, Héctor Fabián p.s.a. abuso sexual con acceso carnal” Expte. "O", 3/2001.

La sentencia de casación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la causa “Oliva, Héctor Fabián p.s.a. abuso sexual con acceso carnal” Recurso de casación Argentina, claramente determinó que la extracción compulsiva de sangre no genera un trato cruel, inhumano o degradante, cuando resolvió:

La extracción compulsiva de una mínima cantidad de sangre a fin de establecer la autoría del delito de abuso sexual con acceso carnal, llevada a cabo por profesionales expertos y según las técnicas científicas del momento, **no constituyen un trato cruel, inhumano o degradante, ni irroga al afectado un dolor o sufrimiento grave en los términos de la Convención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos**

o **degradantes** (Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina, 2001, p. 852)

Estas intervenciones corporales, sean voluntarias o no; siempre estas intervenciones proceden cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, y en todo caso la autoridad judicial ordena esta extracción, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado, debiendo esta intervención corporal ser practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona (Organización de las Naciones Unidas, 1992, Art. 23)

4.1.4. La intervención corporal en la legislación comparada

4.1.4.1. Código de Procedimiento Penal de la República de Francia

En Europa debido a los actos terroristas, a la delincuencia organizada y a los delitos graves, sobre todo en Francia, en el año 2004, principalmente se promulgó la Ley N° 2004/204 de Adaptación de la Justicia a la Evolución de la Delincuencia, por la cual se modificó el Código de Procedimiento Penal de dicho país, determinando la extracción compulsiva y la privación de la libertad del que se oponga a la prueba con un año de privación de libertad, más multa.

En efecto, el *Code de Procédure Pénale* (Código de Procedimiento Penal) de la República de Francia que en el año 1952 reemplazó al *Code D'instruction Criminelle* (Código de Instrucción Criminal) modificado mediante el Art. 30 de la Ley N° 2003/230 de Seguridad Interior de dicho país de fecha 18/03/2003 y el Art. 109, de la Ley N° 2004/204 de Adaptación de la Justicia a la Evolución de la Delincuencia, de fecha 09/03/2004, fijaron el texto definitivo del Art. 55-1 del Código de Procedimiento Penal del señalado país que estableció la intervención corporal obligatoria en materia penal, sancionándose la negativa con un año de prisión y multa de € 15.000 [Quince mil Euros = USD 17.100 Diecisiete mil Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; 1 Euro = 1,14 USD], artículo que según Informe de Trabajo del Senado de la República de Francia, titulado *El uso de ADN en procedimientos penales*, indica:

El oficial de la policía judicial durante el curso de una investigación por delito flagrante y el procurador de la República (fiscal) durante la tramitación de una investigación preliminar están facultados para proceder respecto de cualquier persona susceptible de proporcionar cualquier información acerca de los hechos de la causa o sobre cualquier persona contra la cual exista una o más razones plausibles para sospechar que cometió o intentó cometer un delito y someterla a operaciones de muestreo externas necesarias para la realización de exámenes técnicos y científicos a fin de compararlos con los rastros y vestigios tomados para las necesidades de la investigación. La negativa a someterse a estas operaciones es punible con un año de prisión y una multa de € 15.000 [Quince mil Euros = USD 17.100 Diecisiete mil Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica / 1 Euro = 1,14 USD] (Senado de la República de Francia, 2006, pp. 5 - 6)

Las leyes francesas que modificaron el Código de Procedimiento Penal, y, especialmente, las leyes N° 2003/230 de Seguridad Interior de la República de Francia y N° 2004/204 de Adaptación de la Justicia a la Evolución de la Delincuencia, facultaron a la policía y a la fiscalía, para proceder u ordenar proceder contra toda persona contra la cual exista una o más razones plausibles para sospechar que cometió o intentó cometer un delito, sometiéndola compulsivamente, si fuera necesario, a operaciones de muestreo externas necesarias para la realización de exámenes técnicos y científicos a fin de compararlos con los rastros y vestigios tomados para las necesidades de la investigación. La negativa a someterse, voluntariamente, a estas operaciones es punible con un año de prisión y una multa de € 15.000.

4.1.4.2. Código Procesal Penal de la República Federal de Alemania

La jurista española y Dra. en Derecho Procesal de la Universidad de Vigo, España, María Victoria Álvarez Buján en su tesis doctoral *Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica*, al referirse a la legislación procesal penal de la República Federal de Alemania y la extracción compulsiva de muestras de sangre para obtener una prueba de ADN, expresa:

El Art. 102 del Código Procesal Penal Alemán regula los registros corporales (*Durchsuchung beim Verdächtigen*) y el art. 81 a) se refiere al examen corporal y particularmente, el análisis sanguíneo (*Körperliche Untersuchung des Beschuldigten*).

Dado que el contenido que más nos interesa a efectos de nuestro trabajo es aquel que se contempla en el art. 81 a), señalamos a continuación la redacción del referido precepto, traducida al español: — se puede ordenar un examen corporal del acusado para la constatación de hechos significativos para el procedimiento. Con esta finalidad son admisibles, sin el consentimiento del acusado, las pruebas de análisis sanguíneos y otras intervenciones corporales, efectuadas por un médico según las reglas del arte médico con finalidades investigadoras, sino no es de temer ningún daño para la salud del acusado. Su disposición compete al juez. Si se pone en peligro el éxito de la investigación por demora, también a la fiscalía y a sus funcionario auxiliares (art. 152 de la Constitución). Los análisis sanguíneos o de otras células corporales extraídas del acusado sólo se pueden utilizar para finalidades del proceso penal subyacente a la extracción, o de otro pendiente; deben ser anulados sin pérdida de tiempo tan pronto como ya no sean necesarios para el proceso (Álvarez Buján, 2018, p. 80)

Complementando lo anterior, el jurista español y doctor en derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, Dr. Juan José Duart Albiol, en su obra *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, se refiere al Art. 81 del *Strafprozeßordnung (StPO)* [Código de Procedimiento Penal] de la República Federal de Alemania, que específicamente, como se señaló, se refiere a la intervención corporal en casos de delitos graves, cuando expresa que dicha disposición:

Prevé la realización de investigaciones genéticas con las muestras obtenidas en las investigaciones corporales tanto del inculpado como de terceras personas siempre que sean necesarias para constatar el origen o si las evidencias materiales provienen del acusado o del procesado. Exámenes que también podrán llevarse a cabo con evidencias halladas o aseguradas. El Art. 81 del *Strafprozeßordnung (StPO)* [Código de Procedimiento Penal] de la República Federal de Alemania, por su parte, regula la extracción de células corporales del sospechoso de haber cometido hechos de cierta consideración o de un delito contra la libertad sexual para la determinación de su perfil de ADN cuando la modalidad del hecho o su ejecución, o por la personalidad del inculpado o por otras informaciones exista fundamento para suponer que en el futuro pueda incoarse otro proceso penal contra el mismo por hechos similares (Duart Albiol, 2013, pp. 34 y 35)

La legislación internacional, así como la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada, consagran la intervención corporal compulsiva para casos graves y siempre con asesoría médica, no considerándose esta intervención como una autoincriminación que genere una prueba ilícita, permitiéndose las intervenciones no invasivas sin restricciones, como la obtención de saliva mediante un hisopo o la recolección indirecta de muestras, como la extraída de colillas de cigarro, fechas, orina y otros vestigios que no requieren del consentimiento del investigado, porque tienen el carácter de *res nullius*, como se señalará más adelante.

4.1.5. Código de Procedimiento Criminal de la República de Grecia

El informe de la Asamblea de la República de Portugal titulado *Utilización del ADN en la investigación criminal*. Legislación, se refiere expresamente al Art. 200 A del Código de Procedimiento Criminal de la República de Grecia, que señala:

Quando existan fuentes sospechosas de la práctica de un crimen penado con una pena mínima de tres meses, la Policía tiene la obligación de recoger las muestras biológicas del sospechoso/incriminado para realizar un análisis de ADN, a fin de verificar la identidad de su autor. También el sospechoso/incriminado tiene el derecho de solicitar el análisis de ADN como forma de defensa.

Si el resultado del análisis de ADN fuere positivo, el sospechoso/ incriminado y/o el Ministerio Público tienen el derecho de pedir que el análisis sea repetido.

El sospechoso/incriminado tiene la obligación de permitir a la autoridad recoger las respectivas muestras biológicas. En caso que no lo haga de forma voluntaria podrá ser físicamente constreñido a hacerlo.

El análisis de ADN se restringe solamente a los datos necesarios será realizada en laboratorios del Estado o universitarios.

Después de la realización de los análisis las muestras biológicas serán destruidas. Sin embargo, los perfiles de ADN serán mantenidos en un banco de datos específicos de la Policía, supervisado por el Ministerio Público.

Si hubiere coincidencia entre los perfiles de ADN obtenidos de los sospechosos/incriminados y los perfiles de ADN no identificados existentes en las bases de datos, los primeros deberán ser mantenidos hasta que haya una decisión relativa a los procesos criminales donde aquellos fueron extraídos.

Los perfiles de ADN son mantenidos en la base de datos, a fin de ser utilizados en la investigación de otros crímenes y serán destruidos después de la muerte de la persona a quien pertenezcan.

El sospechoso/incriminado tiene la obligación de permitir que las autoridades obtengan las respectivas muestras biológicas. En caso que no lo haga de forma voluntaria, será físicamente constreñido para la respectiva obtención (Asamblea Legislativa de la República de Portugal, 2014, p. 152)

La legislación griega, en forma categórica, faculta a la policía para obtener muestras biológicas del sospechoso/incriminado, estando esta institución obligada a ello, con determinado fin de obtener muestras de ADN, al punto que efectuado éste, el Ministerio Público está legalmente facultado para efectuar un nuevo análisis de muestras de ADN en el caso que el examen resulte positivo; destacando, de igual manera, la facultad que tiene el sospechoso/incriminado para solicitar un nuevo análisis, como forma de defensa.

Respecto de la intervención corporal, claramente el Código de Procedimiento Criminal de la República de Grecia, el sospechoso/incriminado está obligado a permitir a la autoridad para recoger las respectivas muestras, la cual, en caso que éste se oponga, se lo constriña físicamente para ello.

Con posterioridad a la toma de muestras, éstas deben analizadas por un laboratorio estatal o universitario, para, posteriormente, ser destruidas, debiendo, necesariamente estos perfiles de ADN mantenidos en un banco de datos a cargo de la policía y supervisado por el Ministerio Público, datos que servirán, incluso, para ser utilizados en otros procesos, datos que serán destruidos en caso de muerte de la persona de quien se obtuvo las respectivas muestras.

Respecto de la normativa comparada, la legislación procesal penal de Francia, Alemania y Grecia ajustándose a las normas procesales penales de la Unión Europea facultan la Policía y los Fiscales son competentes para extraer muestras de ADN en forma compulsiva, la cual, concuerda con el Ar. 23 de las Reglas de Mallorca de la ONU a que anteriormente se hizo referencia, y, además, esta extracción, de conformidad a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no constituye trato cruel,

inhumano o degradante, ajustando Francia su justicia a la evolución de la delincuencia, prevaleciendo los intereses de las víctimas del delito y los de la sociedad, sobre los del autor o sospechoso del delito, parámetros que no solo se siguen en Francia y Grecia, sino que en todos los países que integran la Unión Europea.

4.1.6. Concepto de medio de prueba y relatividad del principio de no autoincriminación

El procesalista argentino Dr. José Cafferata Nores en su obra *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la Ley 23.984*, se refiere integralmente a la prueba, cuando expresa:

En sentido amplio, cabe decir que *prueba* es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba, como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva (Cafferata Nores, 1998, pp. 3 -4)

Dentro del concepto de prueba, nuestro Código Orgánico Integral Penal señala, en forma precisa, la finalidad de la prueba, cuando en su Art. 453 dispone:

Art. 453.- Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 453)

Respecto de la prueba en el proceso penal, el jurista brasileño y doctor en Ciencias Criminales de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Nereu José Giacomolli, en su obra *El debido proceso legal*, expresa:

La palabra prueba en el proceso penal, pasó a representar todo lo que sea pertinente, o sea los medios empleados en la demostración de los hechos o del *thema probandum*, la actividad utilizada por las partes para llevar al proceso los medios de prueba, así como el propio resultado del procedimiento probatorio, o sea, el convencimiento exteriorizado por el juzgador (Giacomolli, 2014, p. 159)

De conformidad a lo expuesto, respecto de la intervención corporal, y, muy en particular de la prueba de ADN, este tipo de prueba generó un cambio absoluto en materia probatoria, no solamente en materia civil, respecto de la certeza jurídica en las relaciones de filiación, sino que, además, en la determinación de culpabilidad en el ámbito del derecho penal.

La penalista brasileña Dra. María Elizabeth Queijo, en su obra *El derecho de no producir prueba contra sí mismo: El principio nemo tenetur se detegere y sus consecuencias en el proceso penal*, reitera que este principio no es absoluto, cuando indica:

La inexistencia de límites expresos en la propia Constitución o en la legislación infra constitucional, no significa que el *nemo tenetur se detegere* sea un derecho absoluto. Los límites del *nemo tenetur de detegere* son inmanentes, implícitos y emanan de la necesidad de coexistencia con otros valores que, igualmente, son protegidos por el ordenamiento, en sede constitucional. La definición de los límites del *nemo tenetur de detegere* tiene relación con el respeto a una solución del conflicto entre el ejercicio del referido derecho fundamental [constitucional] y la necesidad de preservación de otros bienes protegidos constitucionalmente, representados por la seguridad pública y la paz social, que son alcanzados por medio de la persecución penal. Así, la limitación al *nemo tenetur se detegere* se justifica teleológicamente: la paz social y la seguridad pública son bienes socialmente relevantes y son protegidos por la Constitución (Queijoo, 2003, pp. 355 - 356)

A la recolección de los datos genéticos se refiere el literal a) del Art. 8 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) de 16/10/2003, que dispone:

Art. 8: Consentimiento

- a) Para recolectar datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, sea o no invasivo el procedimiento utilizado, y para su ulterior tratamiento, utilización y conservación, ya sean públicas o privadas las instituciones que se ocupen de ello, debería obtenerse el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada, sin tratar de influir en su decisión mediante

incentivos económicos u otros beneficios personales. Sólo debería imponer límites a este principio del consentimiento por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos (Declaración Internacional (ONU) sobre los Datos Genéticos Humanos, 2003, Art. 8 literal a))

Claramente la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, ratificada por el Ecuador, se refiere a que para la recolección, en este caso de datos genéticos humanos (ADN) se requiere de su consentimiento expreso, sin embargo claramente expresa la relatividad del principio *nemo tenetur se detegere* hay excepciones que imponen límites a este principio del consentimiento por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, como lo dispone la parte final del numeral 1 del Art. 8 de la Declaración, lo que implica que hay razones poderosas que pueden imponerse sobre el consentimiento, como lo es el deber primordial del Estado de garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral, que se contempla, como se indicó anteriormente en el numeral 8° del Art. 3 de la Constitución de la República.

Hacer prevalecer la voluntad infundada de una persona sobre el interés social en la investigación y castigo de los delitos, no ha sido tratada por la doctrina ni jurisprudencia en forma amplia, destacando la doctrina del autor argentino Dr. Juan Francisco Tapia, en su obra *Intervenciones corporales en el proceso penal*, cuando expresa:

La doctrina argentina, en la dualidad imputado objeto/sujeto de la prueba [...] hace las siguientes consideraciones: a) El imputado como objeto de prueba tiene el deber de tolerar que se requise su cuerpo y sus adyacencias materiales, que sea sometido a un reconocimiento de personas o que se extraiga de su organismo la evidencia relevante para acreditar su autoría en el injusto, ello a través de intervenciones corporales; b) El imputado como sujeto de prueba, tiene libertad de colaborar en la producción de la prueba cuando ésta dependa de la realización de la conducta positiva de su parte, como escribir (para realizar una pericia caligráfica) o hablar (para cotejar esas manifestaciones con material indubitado en la pericia de voces) (Tapia, 2008, p. 15)

Respecto de esta afirmación, el jurista argentino Dr. Gabriel Ignacio Anitúa, en su artículo titulado *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento*, relacionado con los hijos de personas secuestradas durante la última dictadura militar, quedó claramente establecido, en los fallos 318:2518, “H., G. S.”; y 319:3370, “Guarino” de la referida Corte que:

La realización de la prueba de histocompatibilidad no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”. Incluso señalaba allí la Corte que tampoco había agravio en lo que hace al derecho a disponer del propio cuerpo puesto que “La extracción de sangre a un menor, dispuesta en una causa criminal, a fin de realizar un estudio médico inmunogenético de histocompatibilidad, no constituye una práctica humillante o degradante y se encuentra justificada por los artículos 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal” (Anitúa, 2011, p. 12)

Este fallo fue trascendental para determinar si los menores secuestrados por agentes de la dictadura militar argentina, quienes asesinaron a sus padres y los entregaron en adopción, eran hijos de quienes los habían inscrito como hijos o se determinaba que eran los hijos de los torturados – asesinados y que reclamaron los familiares y la organización argentina de derechos humanos conocida como “Abuelas de la Plaza de Mayo”, precedente que ha permitido la extracción de sangre bajo esta modalidad y permitido la recuperación de 97 hijos de personas asesinadas por la dictadura.

4.1.7. El principio de no autoincriminación o *nemo tenetur se detegere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Pese a las normas internacionales ratificadas por el Ecuador y la doctrina y jurisprudencia comparada, puede sostenerse que, supuestamente, un límite a la verdad real lo constituye el principio *nemo tenetur se detegere*, que se consagra en el literal c) del numeral 7 del Art. 77 de la Constitución de la República, que dispone:

Art. 77. - [Garantías en caso de privación de la libertad].- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

7.- El derecho de toda persona a la defensa incluye:

- c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 77 N° 7, literal c))

De acuerdo a lo que expresa el penalista brasileño Dr. Maxwell Leonardo Dias, en su obra *ADN: Prueba frente a los derechos y garantías fundamentales*, los derechos fundamentales no son absolutos y que no existe relación entre la extracción de sangre y el principio de no autoincriminación, cuando indica:

¿ADN: es una amenaza a los derechos y garantías fundamentales? [...] Esta prueba pericial no tiene el poder, por sí sola, de probar la culpabilidad criminal o la inocencia de una persona, pero si establecer una conexión irrefutable entre una persona y la escena del crimen [...] No es pacífico el entendimiento doctrinario y jurisprudencial, acerca del consentimiento del sujeto pasivo para la realización de la medida. Resta, en consecuencia, esclarecer que la obtención de la prueba de ADN no necesariamente, debe pasar por la autorización del acusado, ya que si ésta se produce involuntariamente, nada impide que ésta sea utilizada. En otras palabras, cuando se trata de material descartado por la persona investigada, es impertinente invocar el principio *nemo tenetur se detegere*. En este caso, es plenamente posible analizar el material descartado, porque lo que torna ilícita la prueba es la coacción por parte del Estado, obligando al sujeto a producir prueba contra sí mismo (Dias, 2014, pp. 15 y 16)

El jurista brasileño invocado otorga plena validez a la prueba que no precisa del consentimiento del acusado, como el material descartado, como saliva, excrementos, colillas de cigarros, etc., ya que lo que torna ilícita la prueba es la coacción estatal para producir prueba contra éste, lo que no ocurre con esta prueba indirecta e incluso también con la prueba directa, porque lo único que se determina es si la prueba obtenida coincide o no con la encontrada en la escena del crimen.

Respecto de estas pruebas y en materia internacional, como ha señalado anteriormente en forma reiterada, el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, como se señaló anteriormente, permiten la intervención corporal sin consentimiento del afectado cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona.

La disposición internacional prohíbe la intervención corporal, pero en el caso que se trate de un caso grave y sin que importe peligro para la salud del afectado, se permite esta extracción en esas circunstancias, situación que no es posible en el Ecuador porque lo impide el numeral 1 del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal.

Esta disposición si bien pareciera contravenir, en forma expresa, la normativa internacional y, en especial, el numeral 8 del Art. 3 de la Constitución de la República, en donde prevalece el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral de las personas, merece un análisis exhaustivo del tenor literal del numeral 1° del Art. 459 del COIP, que se refiere expresamente a las muestras corporales que requieren de intervención, por lo tanto los medios no invasivos como una muestra de saliva extraída con un hisopo de algodón o una muestra indirecta que no forma parte del cuerpo de la persona que se investiga, como una colilla de cigarro, no requieren de autorización judicial.

De acuerdo al inciso 2° del Art. 426 de la Constitución de la República es obligación, entre otros, de las juezas y jueces, aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, lo que en concordancia con el Art. 417 del mismo cuerpo constitucional obliga, igualmente, a que las juezas y jueces, cuando apliquen los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por el Ecuador (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 417)

4.2. La prueba de A.D.N.

En la actualidad, la prueba más trascendente y exacta para determinar la participación o no de un sospechoso de cometer un delito, es la de A.D.N. destacando que esta prueba constituye uno de los avances más importantes de la genética molecular humana, porque es la herramienta más precisa para una investigación penal

El Químico Farmacéutico Biológico de nacionalidad mexicana Dr. Miguel Ángel Tadeo Rangel, en su obra *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, al referirse al A.D.N., su importancia, las células de las cuales se obtiene y sus áreas de impacto, expresa:

La Genética forense [...] se basa en el principio de la huella genética: «Toda persona tiene una combinación genética única e irreversible. El ADN proporciona esta identidad biológica a los individuos y se puede analizar por diferentes métodos moleculares» Es frecuente que en la escena del crimen sean encontradas muestras biológicas como saliva, semen, sangre, pelos y restos de piel bajo las uñas de las víctimas. A partir de estas muestras se puede obtener ADN de la persona de la cual provienen [...] El ADN es un componente imprescindible de cada célula en el ser humano y además el ADN de un individuo es el mismo en todas sus células. (Sangre, semen, saliva, células de la piel, etc.). Cada ser humano tiene una combinación única e irreversible de este material genético. En un hecho delictivo siempre el responsable dejará un rastro biológico el cual se puede identificar, una de estas formas es por medio del análisis del ADN. Gracias a los avances en la Genética que se han aplicado al ámbito forense, se ha convertido en una de las herramientas más útiles para la identificación humana. (Tadeo Rangel M. , *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, 2013, pp. 3 y 16)

El médico forense y titular de la cátedra de Medicina Legal de Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires Dr. Alejandro Basile, en su obra *Fundamentos de Medicina Legal. Deontología y Bioética*, define al A.D.N. como:

Aquel contenido en todas las células nucleadas y su composición es constante cualquiera que sea el tejido examinado, lo cual permite comparar muestras de diverso origen, tales como puede observarse en los espermatozoides y glóbulos blancos de la

sangre, entre muchos otros. El ADN es el soporte de la herencia biológica y en el individuo recibe la mitad del material genético correspondiente al padre y la mitad correspondiente a la madre; ello define la impronta o la marca genética (Basile, 2001, pp. 216 - 217)

Por su parte, el Dr. en Bioquímica y Biología Molecular por la Universidad Autónoma de Madrid, Facultativo en el Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid (Ministerio de Justicia, España) Sergio Alonso Alonso, en su informe *ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos*, al referirse a la importancia y funciones del A.D.N. expresa:

De especial importancia son las bases de datos de ADN con fines de investigación criminal, en las que los perfiles de ADN anónimos obtenidos de vestigios biológicos de la escena del delito pueden ser comparados de forma sistemática entre sí, así como con los obtenidos de individuos que son sospechosos o condenados en una causa penal, ofreciendo una herramienta muy eficaz de identificación humana con una alta potencialidad para reducir el índice de criminalidad de determinados delitos sin autor conocido y, especialmente, aquellos en los que existe una alta reincidencia. La utilización de estas bases de datos cobra también una vital importancia en los procesos de identificación de desaparecidos en conflictos bélicos o en grandes catástrofes que afectan a un gran número de víctimas cuyo estado de conservación puede limitar, o incluso imposibilitar, la identificación de los cuerpos por los métodos forenses convencionales. Los perfiles genéticos obtenidos pueden ser comparados de forma sistemática con un índice de perfiles de referencia de familiares (saliva o sangre), u obtenidos de muestras ante-mortem de las víctimas (Cepillos de dientes, peines...)

(Alonso Alonso, 2011, pp. 1 y 2)

De acuerdo a lo que expresa el Dr. Sergio Alonso Alonso, las evidencias biológicas como manchas de sangre, semen, piel e incluso cabellos encontradas principalmente en los delitos donde media la violencia, son frecuentemente encontradas en la escena del delito, pudiendo el A.D.N. extraerse mediante técnicas moleculares en laboratorios, destacando que estas evidencias por sí solas no pueden probar la inocencia o culpabilidad, pero confrontadas con las pruebas obtenidas directamente de la persona puede establecerse de manera irrefutable el nexo causal entre una determinada persona y la escena del crimen, destacando que esta prueba es aceptada en forma masiva en todos los procesos judiciales a nivel mundial.

4.2.1. Casos en que se utiliza la prueba de A.D.N.

El mencionado Químico Farmacéutico Biológico de nacionalidad mexicana Dr. Miguel Angel Tadeo Rangel, en su obra *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, señala las cinco áreas de la genética forense, cuando indica:

Las cinco áreas de impacto más importantes de esta especialidad son: la criminalística, las pruebas de paternidad, la identificación de personas desaparecidas, la identificación de individuos en desastres y la historia que combina las aplicaciones anteriores. Esta reciente herramienta, que tiene sus bases en: a) la genética clásica; b) la bioquímica; c) la estadística y d) la biología molecular, ocupa un lugar importante en los juicios donde se trata de identificar y/o relacionar evidencias entre acusado, víctima y lugar de los hechos (Tadeo Rangel M. , *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, 2013, pp. 3 y 16)

En igual sentido, el Mgs. Sergio Junho Pena, Magister en Genética Humana de la Universidad de Manitoba [Canadá] y Dr. en Investigaciones Médicas de la Universidad Mill Hill de Londres y actualmente Director del Laboratorio de Genómica Clínica de la Facultad de Medicina de la Universidad Federal de Minas Gerais, en su obra *Seguridad Pública, determinación de la identidad genética por el A.D.N.* al referirse a la importancia de la identidad genética, expresa:

La determinación de la identidad genética por ADN puede ser usada para demostrar la culpabilidad de los criminales, exonerar a los inocentes, identificar cuerpos y restos humanos en desastres aéreos y campos de batalla, determinar la paternidad con confiabilidad prácticamente absoluta, dilucidar cambios de bebés desde sus cunas y detectar sustituciones y errores de rotulación en laboratorios de patología clínica (Junho Pena, 2005 N° 20, p. 451)

En términos generales el ácido desoxirribonucleico [ADN] contiene toda la información genética de una persona que puede estar viva o muerta, información que es única e irrepitible en cada ser humano y que, además, contiene todos los datos genéticos heredados de generación en generación, permitiendo su análisis determinar la identidad y características de una persona.

El examen de ADN, de acuerdo a lo expuesto, permite determinar la autoría de ciertos delitos, siendo un medio de prueba eficaz para el descubrimiento de la verdad en el proceso penal, destacando que la extracción de fluidos corporales acontece, generalmente, cuando se carece de banco de datos, razón por la cual el mejor camino para la validez de esta prueba, se requiere dar mayores facultades a las juezas o jueces para que ordenen la extracción corporal compulsiva en casos de delitos graves, en concordancia con el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal del año 1991, permitiéndose igualmente la obtención indirecta de ADN en casos de delitos graves, para determinar eficientemente la verdad procesal.

4.2.2. Clases de A.D.N.

El catedrático de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Granada y Miembro de la Comisión Nacional de Especialidad de Medicina Legal y Forense de España, Dr. José Antonio Lorente Acosta, en su artículo *Nuevas perspectivas en paleopatología a través de la genética*, señala las clases de A.D.N., cuando indica:

Conviene, inmediatamente, distinguir la existencia en el ser humano de dos tipos de ADN: el ADN nuclear y el ADN mitocondrial. Ambos, pese a que su estructura bioquímica es similar, tienen características totalmente diferentes, de las que algunas tienen especial relevancia en el campo de la paleopatología (Lorente Acosta, 1997, p. 126)

Por tratarse de un tema absolutamente técnico se ha recurrido a especialistas en genética, a fin de definir a cada tipo de A.D.N. y establecer sus características generales, como ocurre con la Licenciada en Bioquímica y Farmacia de la Universidad de Machala, Sandra Elizabeth Jumbo Cárdenas, en su obra *Comparación entre el DNA (ADN) mitocondrial y DNA (ADN) nuclear en su utilidad en la identificación de personas*, señala las características fundamentales de ambos ADN, cuando expresa:

Naturalmente la información genética de las células humanas se constituye en dos genomas, el gran genoma nuclear de herencia compartida de los padres y el genoma mitocondrial de menor tamaño que transmiten exclusivamente de las madres en sus óvulos (Jumbo Cárdenas, 2016, p. 6)

4.2.2.1. El A.D.N. Nuclear

El Químico Farmacéutico Biológico de nacionalidad mexicana Dr. Miguel Angel Tadeo Rangel, en el glosario de su obra *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, define al A.D.N. Nuclear, como:

El A.D.N. nuclear es el que se encuentra en el interior del núcleo celular formado por parte de los cromosomas y que está presente en todas las células humanas, excepto en los eritrocitos que carecen de núcleo (Tadeo Rangel M. , 2013, p. 54)

4.2.1.2. El A.D.N Mitocondrial

El ya señalado Químico Farmacéutico Biológico de nacionalidad mexicana Dr. Miguel Angel Tadeo Rangel, en el glosario de su obra *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, define al A.D.N. mitocondrial, como:

El A.D.N. circular que se encuentra en el interior de las mitocondrias, orgánulo celular responsable de la obtención de energía, en un número de copias que oscila entre 1.000 – 10.000 y cuyo tamaño es de 16.569 pares de bases (Tadeo Rangel M. , 2013, p. 54)

Siguiendo con las especificaciones técnicas del ADN Mitocondrial los Phd. en Químico Farmacéutica Biológica del Departamento de Bioquímica y Biología Molecular y Celular, Universidad de Zaragoza, España, Abelardo Solano, Ana Playán, Manuel J. López-Pérez y Julio Montoya, en su artículo *Enfermedades genéticas del ADN mitocondrial humano*, al referirse esta clase de ADN, se refieren a su principal característica, cuando expresan:

La madre trasmite su genoma mitocondrial a todos sus hijos, pero solamente las hijas lo pasarán a todos los miembros de la siguiente generación y así sucesivamente. Esto se debe al elevado número de moléculas de ADN Mitocondrial [mtDNA] que existe en los óvulos [entre 100 000 y 200 000 copias] en comparación con unos pocos cientos que hay en los espermatozoides. Además, las mitocondrias que puedan entrar en el óvulo fecundado se eliminan por un proceso activo (Solano, Playán, López-Pérez, & Montoya, 2001. pp. 152 - 153)

4.2.2. El ADN y su forma de extraerlo para fines procesal penales

En términos generales puede sostenerse que la identificación humana que se obtiene mediante la obtención de A.D.N. es el medio más importante que utiliza la justicia en materia de identificación personal, siendo esta prueba utilizada mayoritariamente, por su exactitud, en materia forense, siendo su principal utilización en los procesos civiles de investigación de paternidad así como en los procesos penales, en el que se utiliza, principalmente, en la investigación de cadáveres y personas desaparecidas así como en la identificación de personas para determinar si han sido o no autores de un delito.

En la investigación de delitos, los exámenes periciales que se efectúan para obtener el A.D.N. recaen en los vestigios que se encuentran y recogen en la denominada escena del crimen y que, habitualmente, suelen ser: partes del tejido humano, fragmentos de piel, huesos, dientes, sangre, pelos, semen, saliva, heces u orina.

La Doctora en Biología y profesora titular de Genética del Departamento de Genética de la Universidad de Barcelona Gemma Marfany, en su artículo *La huella o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de datos personales*, al preguntarse ¿dónde está el ADN? es clara al responder:

El ADN se encuentra en el núcleo de cada célula de un organismo, por lo que en cualquier muestra biológica podemos encontrar restos de ADN (pelos arrancados con la raíz, caspa, saliva, semen, sangre, huero, orina, sudor, heces...). Sin querer vamos dejando rastro, cantidades ínfimas de nuestro ADN allí por donde nos movemos. Existen técnicas muy precisas, robustas y potentes, que permiten extraer ese ADN y amplificarlo aunque esté en cantidades mínimas, de manera que podemos proceder a su análisis y secuenciación. En cada célula está toda nuestra información genética, con lo que no solo se puede obtener la secuencia de los marcadores genéticos no codificantes usados en genética forense, sino otro tipo de información genética incluida en las regiones codificantes que determinan nuestro fenotipo, por ejemplo, si nuestros ojos son azules, si probablemente somos calvos, si tenemos un elevado riesgo de sufrir enfermedad de Parkinson o Alzheimer, si somos portadores de mutaciones causantes de fibrosis quística o de ceguera hereditaria [...] podemos por tanto obtener aquel perfil genético que se desee, sea exclusivamente forense o con aplicaciones sanitarias o de interés personal, todo a partir del mismo vestigio o muestra biológica (Marfany, La

huella o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de datos personal) (Marfany, la huella genética o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de muestras biológicas de origen humano, 2011, pp. 56 y 57)

Los diferentes restos de ADN se encuentran en todo lugar donde se comete un delito y de distintas formas, razón por la cual no siempre es necesaria una intervención corporal invasiva, como ocurre por ejemplo con la extracción de saliva por intermedio de un hisopo de la boca de una persona, o la saliva existente en una colilla de cigarrillo abandonada. En consecuencia hay una variedad de posible fuente de pruebas de ADN, pudiendo manifestar lo siguiente respecto de las muestras que pueden ser encontradas en la escena del crimen, como lo expresa la genetista brasileña Dra. Amanda Barbosa Machado, en su obra *El uso del ADN mitocondrial en el análisis forense*, cuando expresa que son:

❖ Células epiteliales

La Dra. Amanda Barbosa Machado, señala que estas células están presentes en ropas, colillas de cigarrillos, en las uñas de la víctima o de su agresor, botellas de agua y pueden ser recolectadas por medio de una cinta o por frotis (Barbosa Machado, *El uso del ADN mitocondrial en el análisis forense*, 2016, p. 18)

De conformidad a lo que expresa la Enciclopedia Ilustrada de Salud (Health Illustrated Encyclopedia) de los Estados Unidos de Norteamérica:

El término "epitelio" [o células epiteliales] se refiere a las capas de células que recubren los órganos huecos y las glándulas. También se refiere a aquellas células que conforman la superficie exterior del cuerpo. Las células epiteliales ayudan a proteger o encerrar los órganos. La mayoría produce moco u otras secreciones. Ciertos tipos de células epiteliales tienen vellos diminutos denominados cilios, los cuales ayudan a eliminar sustancias extrañas. Las células epiteliales están organizadas en capas únicas o múltiples, según el órgano y la localización (Enciclopedia Ilustrada de Salud (Health Illustrated Encyclopedia) de los Estados Unidos de Norteamérica:, 2018, p. 1)

Este tipo de células se encuentran con facilidad en los lugares que se cometió el delito, en las ropas de la víctima o el victimario, en las uñas de la víctima de una agresión o violación al tratar de defenderse, no requieren de intervención corporal directa, pudiendo

identificarse al sujeto activo por medio de medios indirectos, como por ejemplo saliva encontrada en colillas de cigarrillos, orina, heces, restos de sangre, etc. mediante las cuales se puede identificar al autor del delito, sin perjuicio que los juzgadores requieran una intervención corporal invasiva, que va a depender, en nuestro ordenamiento jurídico penal del consentimiento del afectado por la investigación, siendo esta muestra relevante para determinar la identidad de aquel sin necesidad de otras investigaciones que determinen el ADN, las que se combinan como otras formas de investigación como huellas dactilares en el lugar de los hechos.

❖ Sangre

La Dra. Amanda Barbosa Machado, en la señalada obra, expresa, respecto de las muestras de sangre que son el:

Indicio más habitual; formado por charcos, gotas, salpicaduras, manchas o costras; ayuda en la individualización del individuo; revela la forma como fue depositado en la escena; se las manchas no son visibles, puede ser utilizada luz ultravioleta y/o reacciones químicas (Barbosa Machado, El uso del ADn mitocondrial en el análisis forense, 2016, p. 18)

Por su parte, el químico farmacéutico biólogo mexicano Dr. Miguel Ángel Tadeo Rangel en su obra *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, al referirse a la sangre como indicio para un análisis genético forense, expresa:

La sangre es uno de los indicios que se encuentran con mayor frecuencia en la mayoría de delitos violentos, por lo que su estudio es invaluable. La sangre derramada o lanzada, vertida o proyectada, babeada o arrojada, es el indicio más valioso, el rastro más importante que puede encontrarse en el lugar de los hechos. No solamente tiene una importancia decisiva para demostrar la perpetración del crimen, sino que también aporta un sólido fundamento para la acusación, constituyendo muchas veces la única prueba plena y fehaciente, la prueba técnica que conduce inequívocamente a la condenatoria del probable responsable. La imagen hematoscópica puede clasificarse de la siguiente manera: manchas circulares y manchas alargadas. Ahora bien por sus dimensiones pueden ser pequeñas, medianas, grandes y muy grandes. Según sus contornos, serán regulares e irregulares. Si nos referimos a la cantidad, se clasifican en mancha lenticular, charco, laguna. Cuando sale de la herida en forma de chorro, deja una imagen

característica: la chorreadura. Cuando es arrojada con violencia en pequeña cantidad, produce un roseado o salpicadura. El determinar el grupo sanguíneo sirve también como primer paso para la exclusión de sospechosos, antes de un análisis de ADN (Tadeo Rangel M. Á., 2013, p. 18)

Por su parte, los juristas ecuatorianos, Dres. Sonia Barcia Rodríguez y Sigifredo Gutemberg Delgado Rojas, en su obra *Valoración procesal penal de la prueba de ADN indirectamente obtenida: la objeción de conciencia y la presunción de inocencia*, al referirse a la sangre como medio para obtener una muestra de ADN, sustentados en el informe de las juristas peruanas Dras. María Gutiérrez Duany y Alba Gianella Lavarello, expresan, respecto de la sangre:

Tanto en estado fresco o en casos de manchas se trata de la muestra que se analiza con mayor frecuencia. El ADN se extrae de los glóbulos blancos, pues no se encuentran en los glóbulos rojos ni en el plasma. La muestra debe enfriarse o congelarse, según cuándo piensa efectuarse el análisis. Si se trata de manchas, cuanto más grande sean, mayor será la posibilidad de éxito; sin embargo, el factor que más influye en el éxito de la prueba no es el tamaño ni la antigüedad, sino la conservación de manera correcta después de haberla dejado secar a la temperatura ambiental y colocado en un recipiente a prueba de humedad (Barcia Rodríguez & Delgado Rojas, 2008, pp. 74 - 75)

Respecto de la comparación posterior entre las muestras de sangre con el eventual autor del delito, en el derecho comparado e internacional se permite la intervención corporal compulsiva, cuando el delito es grave y se practica por parte de un médico sometido a la *lex artis*, como lo establece el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, no existiendo esta posibilidad en el COIP, sin embargo, la disposición que establece esta exigencia se refiere a intervenciones corporales directas e invasivas como el examen de sangre, pudiendo obtenerse la identificación por otros medios, siendo del caso señalar que en el Tribunal de Garantías Penales del Cantón Ibarra, hubo tres casos en año 2015, en los cuales dos procesados aceptaron someterse a una intervención, y otro en el que el procesado se opuso, pero todos los demás indicios existentes en la causa, implicaron que fuera condenado, como se señalará más adelante.

❖ Semen

Los señalados juristas ecuatorianos, Dres. Sonia Barcia Rodríguez y Sigifredo Gutemberg Delgado Rojas, ya mencionados anteriormente, al referirse al semen como medio para obtener una muestra de ADN, expresan:

El semen es la muestra que se utiliza con mayor frecuencia en este tipo de exámenes. El ADN se extrae de la cabeza de los espermatozoides. Si se recupera en estado líquido, debe enfriarse. Si se trata de manchas deben dejarse secar y luego almacenarlas lejos de la humedad (Barcia Rodríguez & Delgado Rojas, 2008, pp. 74 - 75)

Por lo general estas muestra se encuentran en el cuerpo de la víctima de violación y en los lugares donde se cometió el delito y como vestigios en ropas personales, por lo general para la demostración de la identidad del autor de los hechos puede suceder que, como aconteció en Ibarra, el sospechoso acepte una intervención corporal como extracción de sangre o aporte una muestra de semen, pero el contexto de la investigación puede determinar la autoría como ocurrió en nuestro cantón por la forma en que se cometió el delito y la investigación, en el caso del sujeto que se negó a una intervención corporal, destacando que en la propia sentencia se manifiesta que estas intervenciones no se efectúan frecuentemente por la reiterada negativa de los procesados.

❖ Saliva

El químico farmacéutico biólogo mexicano Dr. Miguel Ángel Tadeo Rangel en su obra *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*, al que se hizo anteriormente mención, al referirse a la saliva como indicio para un análisis genético forense, indica:

La saliva es un líquido de la cavidad bucal, producido por las glándulas salivales, transparentes, de viscosidad variable, compuesto principalmente por agua, sales minerales y algunas proteínas. La saliva en si no presenta contenido celular, pero la saliva se encuentra en un medio lleno de células epiteliales (epitelio bucal). Estas células se desprenden y llegan a formar parte de la saliva, por ejemplo de un chicle o de una colilla de cigarrillo se pueden encontrar células adheridas que se han desprendido

del epitelio labial o células que fueron arrastradas por la saliva (Tadeo Rangel, 2013, p. 21)

Como se expresó anteriormente, la extracción de saliva del procesado es un método no invasivo que no importa una intervención corporal que constituya un trato cruel e inhumano. Por lo demás la saliva como medio de prueba de ADN ha sido vital en las pruebas indirectas, como ocurrió en el derecho comparado en el cual se estimó por el Tribunal Supremo de España que la persona que involuntariamente bota una colilla de cigarrillo y en ésta se contienen muestras de saliva que permiten la identificación no precisa de la voluntad del procesado porque la colilla, desde el momento que la abandonó, es una *res nullius* de la cual hace uso la investigación del delito y se la consideró prueba válida para todos los efectos legales en el Reino de España, no existiendo, en el Ecuador, restricción legal alguna al respecto.

❖ Cabellos o pelos

El señalado autor Dr. Miguel Ángel Tadeo Rangel en su obra *La genética forense en* al referirse a la saliva como indicio para un análisis genético forense, distingue entre cabellos o pelos con y sin raíz para efectos de determinación del ADN, cuando señala:

El pelo cubre casi toda la superficie cutánea, presentando variaciones de color, cantidad y longitud, según la región anatómica, el sexo y la raza. Su forma es generalmente cilíndrica. El noventa y un por ciento del cabello está compuesto por una proteína fibrosa llamada queratina y su forma es similar a la de un tallo cilíndrico con una raíz llamada folículo piloso [...] El bulbo reviste un gran interés médico-legal y criminalístico, la presencia de éste hace posible diferenciar un pelo caído de uno arrancado espontáneamente. Así mismo, contiene la información genética (ADN) que permite una individualización segura y directa. La base de la raíz está dilatada en el bulbo que se apoya sobre la papila dérmica y la rodea. Todos los folículos o raíces se forman antes del nacimiento y no hay manera natural de generarlos una vez que salimos del vientre de la madre. La parte más alejada del cuero cabelludo está formada por células que tienen ocupado su citoplasma totalmente por una proteína estructural llamada queratina que da su forma al pelo. Por tanto, en esta zona distal, las células carecen de núcleo y de ADN. Sin embargo, en la zona proximal (bulbo o raíz), el pelo

presenta células nucleadas totalmente activas que contienen ADN (Tadeo Rangel M. Á., 2013, pp. 18 - 19)

Importante es señalar, como se señaló anteriormente en esta investigación que un pelo o cabello que carezca de raíz, permite por su ADN mitocondrial, determinar la línea materna y nada más, al contrario del que la posea, porque gracias al ADN nuclear que contiene se puede determinar con exactitud la identificación de la víctima y el victimario.

4.3. Conclusión parcial del Capítulo

Si bien en materia internacional y comparada, mayoritariamente se permite la intervención corporal, generalmente, del procesado, intervención corporal directa e invasiva, es decir que precisan extracción de unas gotas de sangre, en el Ecuador, al contrario de la legislación internacional, comparada y la doctrina y jurisprudencia, el numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal Código Orgánico Integral Penal exige el consentimiento expreso de la persona sin que la persona pueda ser físicamente constreñida, pero el Código no se encarga de precisar que esta intervención se refiere exclusivamente a la intervención directa e invasiva, como la extracción de una muestra de sangre que, necesariamente requiere de extracción por medio de aguja hipodérmica, lo que en caso constituye un trato cruel, inhumano o degradante.

Sin embargo necesario es señalar que existe otra serie de formas de extraer el ADN en que no se trata de una obtención de muestra invasiva e incluso puede tratarse de muestras indirectas, por lo que la redacción del numeral 1° del art. 459 del COIP, es amplia y debe interpretarse restrictivamente, ya que por ejemplo no es ajustado a derecho que la muestra de saliva o incluso los desechos fecales de los cuales se extraen las muestras de un individuo, requieran de su voluntad para extraer el ADN, situación no contenida en la legislación, doctrinas ni jurisprudencia nacionales, destacando que el Tribunal Superior del Reino de España ha fallado que estas muestras abandonadas voluntariamente por el procesado o sospechoso de cometer un delito, por el solo hecho de ser abandonadas constituyen un *res nullius*, del cual puede disponerse sin restricciones para efectos investigativos, ampliando incluso esta prueba indirecta cuando es provocada, como ocurrió con la Guardia Civil de España que ofreció un café al sospechoso que se encontraba en el

cuartel y de la cuchara obtuvo la muestra de saliva que determinó su autoría en un delito, situación que no se haya reglamentada en el Ecuador.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Entrevistas

Compilado de las respuestas a las preguntas aprobadas por el tutor, al Dr. Javier de la Cadena Correa, en su calidad de juez de la Corte Provincial de Imbabura y a 2 jueces de Garantías Penales del Cantón de Ibarra, los Dres. acerca de la materia investigada, de acuerdo al cuestionario siguiente:

Pregunta N° 1 Indique en qué consiste la prueba de ADN en materia penal.

Los entrevistados coincidieron en señalar que la prueba de ADN en materia penal tiene la finalidad de esclarecer ciertos tipos de delitos en los que se han quedado restos de ácido desoxirribonucleico, el cual es un compuesto orgánico de moléculas que contienen las instrucciones genéticas que coordinan el desarrollo y funcionamiento de todos los seres vivos y que tienen la particularidad de ser exclusivos de cada ser vivo, constituyendo su huella genética que permite, mediante su análisis determinar con una fiabilidad ascendente al noventa y nueve por ciento de probabilidades, la identificación, en el caso penal, de una persona y establecer su calidad o no de autor de un delito. Bastando simplemente la obtención de cabellos, piel, sangre o semen que se encuentren en el lugar donde se cometió el ilícito o encontrados en el cuerpo de la víctima lo que permite la identificación genética del agresor. El resultado se genera con la comparación de estos vestigios con las muestras que se obtienen del sospechoso de cometer el delito, siendo este examen de tal exactitud que, necesariamente, puede determinarse, en forma exacta la culpabilidad o inocencia del autor.

Pregunta N° 2 ¿Es la extracción de ADN un trato cruel inhumano o degradante?

Los tres entrevistados expusieron que los tratos crueles, inhumanos o degradantes se especifican en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura tratos crueles inhumanos y degradantes, lo que no ocurre en materia de intervención corporal la cual en muchos países, especialmente de Europa es forzosa en el caso que el afectado no lo acepte voluntariamente, procedimiento que en caso alguno es el único para llegar a la verdad judicial, porque existen pruebas indirectas como la toma de muestras de saliva existente en las colillas de cigarrillos, de taza, cucharas o vasos, en la orina e incluso en sus deposiciones; igualmente, existen tomas de muestras que no implican violentar al sospechoso, como lo son las muestras de saliva obtenidas mediante hisopos especiales.

Pregunta N° 3 El numeral 8 del Art. 3 de la Constitución de la República “*garantiza a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral*” y el Art. 66 N° 3 del mismo cuerpo legal garantiza *el derecho a la integridad personal* ¿Considera que la extracción compulsiva de ADN vulnera el derecho a la integridad personal y a la seguridad integral cuando el procesado se niega a la realización de una intervención corporal?

Todos los entrevistados coincidieron en que la extracción del ADN no afecta el derecho a la integridad ni a la seguridad integral por ello no se acepta que ésta dependa de la mera voluntad del autor del delito, particularmente en el caso de delitos graves y especialmente los crímenes contra la humanidad y en delitos graves que tengan asignada una pena superior a cinco años, especialmente en lo que dice relación con delitos que atentan contra la vida e integridad de las personas, y, sobre todo en materia de delitos sexuales, de lo contrario si no pudiere identificarse al autor de un delito por otros medios, éste quedaría en la más absoluta impunidad.

Pregunta N° 4.- En el derecho comparado en casos de delitos contra la humanidad o ilícitos graves se permite la extracción compulsiva de ADN con todas las seguridades médicas a fin de velar por el interés de la sociedad y la

verdad judicial ¿Es adecuada la norma ecuatoriana que protege al sospechoso de un delito antes que al interés general de la sociedad que el Estado debe proteger?

No, no es adecuada, es incompleta, debería existir una alternativa al caso que, tratándose de un delito grave o contra la humanidad, se pueda proceder compulsivamente como ocurre en el derecho comparado, que la acepta el delitos que tengan una sanción de determinados años de privación de libertad, debiendo seguirse los parámetros de las Reglas de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como Reglas de Mallorca.

Pregunta N° 5.- ¿Ha conocido de algún caso en que el procesado por un delito grave se haya opuesto a que se le practique una intervención corporal y qué sucedió con la determinación de la responsabilidad penal del mismo?

Existen diversas respuestas de los entrevistados, porque el Dr. Javier de la Cadena conoció un caso en que se negó el afectado a que se le hiciera una intervención corporal; el Dr. Fredy Sevillano Báez, expresó que tiene antecedentes de dos se relacionan principalmente con delitos de violación en uno de ellos se denuncia al supuesto autor después de dos años de cometido el delito, quien accede a que le tomen la prueba voluntariamente, determinándose mediante el examen de ADN que el denunciado no era el padre del hijo cuya paternidad se presumía; otro caso determinó la existencia de dos restos seminales provenientes de relaciones consensuadas de la supuesta víctima con dos personas de sexo masculino y finalmente, el Dr. Niederman Chandi Maldonado expresa que personalmente no ha conocido casos, tomando conocimiento solo de referencias.

Pregunta N° 6.- Como ocurre con todas las legislaciones comparadas y los procedimientos judiciales y policiales, a la prueba indirecta de ADN obtenida por la Policía o el Investigador (en caso de muestras abandonadas por el supuesto responsable, como colillas de cigarro u otros vestigios obtenidos con posterioridad al delito) ¿Es necesario que

se les otorgue validez legal para que se logre llegar a la verdad judicial?

Es necesario que se utilice las pruebas indirectas debiendo reglamentarse esta adecuadamente, como ha ocurrido en el derecho comparado (España) y, especialmente con las pruebas abandonadas o res nullius.

Pregunta N° 7.- ¿Sabe usted qué es el procedimiento de intervención corporal indirecto y no invasivo por obtener muestras de ADN?

El procedimiento indirecto es aquel que no precisa de intervención corporal directa, teniendo estas muestras el carácter de “res nullius”, las cuales fueron abandonadas voluntariamente por el sospechoso de cometer un delito, no precisándose de intervención corporal directa, como ocurre con colillas cigarro, saliva impregnada en un vaso o una tasa utilizada por el sospechoso e incluso la saliva, la orina o los excrementos, que pueden ser analizados con las actuales tecnologías y que determinan la culpabilidad o inocencia de la persona que se supone ha cometido el delito que se la imputa.

Pregunta N° 8.- ¿Es lógico que todo tipo de intervención corporal incluso las indirectas precisen del consentimiento del procesado, incluso cuando se trate de muestra abandonadas por éste?

No es lógico, porque las pruebas indirectas son res nullius, por lo que mal requieren de autorización del afectado, ya que éste abandonó la muestra que no precisa de intervención corporal directa, por lo que mal esta prueba puede considerarse inválida o nula por no contar con el consentimiento de éste, lo que, a mi modesto entender, no se ajusta a derecho.

Pregunta N° 9 ¿Es adecuada la normativa nacional que regula las intervenciones corporales y la prueba de ADN?

Las normas son inadecuadas porque contravienen los instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo son las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones

Unidas para el proceso penal, también conocidas como reglas de Mallorca, perjudicándose a la víctima en pro del victimario.

Pregunta N° 10 La doctrina y jurisprudencia comparada, en especial de la Corte Suprema de Argentina establece que la intervención corporal no afecta otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores la defensa de la sociedad y la persecución del crimen ¿Es ajustada esta doctrina que coincide con todos los parámetros internacionales o la nacional que defiende los derechos de los posibles responsables, en otras palabras los delincuentes por sobre el interés social?

La legislación obstaculiza en definitiva a que se cumpla con la finalidad del Estado Constitucional de derechos y justicia que es básicamente llegar a hacer justicia y esclarecer la verdad sobre todo la primacía de los derechos humanos sobre el resto de los derechos, debiendo reglamentarse las clases de ADN de conformidad a los parámetros internacionales, siendo el Ecuador excepción a Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como reglas de Mallorca que nuestro propio país ratificó yendo el numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal contra el señalado instrumento internacional.

5.2. Casos penales de violación tramitados ante el Tribunal Penal de Imbabura

5.3.1. Número de proceso: 10281-2015-00536

Identidad protegida.

Causa por delito de violación: el procesado fue acusado por violación a una menor de 14 años la que denunció el hecho por medio de su madre, después de dos años del

cometimiento del delito, al resultar embarazada por la supuesta violación que se imputa al procesado. En la denuncia se señaló que las violaciones fueron en repetidas ocasiones.

Se pidió una prueba de ADN al procesado por parte de la defensa de la menor violada a fin de verificar la paternidad del denunciado, quien accede a que se le practique el examen de sangre correspondiente, quien accede a que se le practique voluntariamente, arrojando un resultado negativo.

Del informe médico practicado a la menor se demostró que la víctima y denunciante, tiene una vida sexual activa.

En la sentencia se ratificó la inocencia del procesado al haberse comprobado: 1) que no es el padre de acuerdo a la prueba de ADN; 2) que la menor tiene una vida sexual activa y 3) que mantenía relaciones sexuales con otra persona.

5.3.2. Número de proceso: 10281 – 2015 - 0284

Causa por delito de violación: el procesado fue acusado por violación a una menor de 17 años, con quien el procesado asegura que mantiene relaciones sexuales consensuadas con la menor.

Los hechos ocurrieron en una fiesta donde se encontraba la menor y a la que también asistió el procesado, resultando que con el aumento del consumo de bebidas alcohólicas el procesado se ofreció llevar a la menor a su casa, deteniéndose en el camino y aprovechándose del estado de ebriedad que aquella tenía en ese momento, consumó el acto carnal.

En el examen médico legal se encontraron rasgos seminales, solicitándose al procesado se efectúe una prueba de ADN para comprobar la coincidencia del rastro de semen con su ADN, en el examen médico a la supuesta víctima, se determinó que existían dos tipos de rastros seminales, coincidiendo uno con el del procesado y el otro con el de una persona desconocida

La sentencia de primera instancia declaró culpable al acusado quien apeló oponiéndose a la sentencia, la cual lo declaró inocente.

En autos es evidente que el procesado accedió a la intervención corporal para extraer la sangre y comprobar su ADN, con el existente en los restos seminales, prueba que fue determinante para demostrar que la víctima tenía relaciones sexuales consentidas con otras personas e igualmente con el procesado.

5.3.3. Número de proceso: 10334 – 2015 – 00151

Los hechos ocurren al encontrar un cadáver de una mujer mayor de edad a altas horas de la tarde, por parte de una persona que transitaba por una calle de una localidad rural, en donde se comprobó que la mujer había sido asesinada y violada en la madrugada del día en que se perpetró la violación y el asesinato, llegándose por medio de investigaciones donde un posible responsable, quien es detenido. Se encuentran pruebas en su ropa con manchas de sangre en la casa del aprehendido.

Se solicitó la realización de una intervención corporal para extraer el ADN y compararlo con los restos seminales encontrados en la víctima, así como con los restos de sangre encontrados en la ropa del imputado, quien se negó a practicársela.

En reiteradas ocasiones el imputado se opuso a una intervención corporal tendiente a obtener su ADN, razón que el fiscal estimó que esta negativa obedeció al miedo que se descubriera que su ADN coincidía con los restos seminales encontrados y se determinara su participación culpable y penada por la ley.

En la sentencia se consideró culpable debido al prolongado tiempo de investigación y búsqueda de pruebas.

En la causa se contiene la observación que en varios procesos, especialmente de violación, se encuentra, por medio de las pericias médico legales, rastros de sangre, semen, pelo, uñas, piel, etc., Pero no ocurre con frecuencia que se pida la intervención corporal

para la obtención del ADN, porque es una intervención que, en la gran mayoría de los casos no es aceptada por el procesado, desechándose desde un inicio esta diligencia por la generalizada oposición a esta intervención.

6.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Las técnicas y análisis de datos que permitieron llegar a las conclusiones se basaron, principalmente, en un importante instrumento internacional de derechos humanos que rige la materia, como lo son las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como Reglas de Mallorca y ratificadas por el Ecuador e incorporadas, por dicha circunstancia, a nuestro ordenamiento jurídico, instrumento internacional que, en su Art. 23, respeta la voluntad del afectado, pero en el caso que se trate de delito grave y sin que traiga peligro a la salud afectado, se practique ésta por parte de un profesional de la medicina quien deberá ajustarse a la *lex artis*, prevaleciendo el principio de proporcionalidad, procurando el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona, posibilidad que no existe en nuestro Código Orgánico Integral Penal, ya que en el numeral 1 del Art.459 del Código Orgánico Integral Penal, que hace prevalecer la voluntad del sospechoso de cometer un delito que se opone a una intervención corporal.

En primer lugar, en este aspecto necesario es destacar lo que expresa, respecto del principio de convencionalidad y doble conforme el jurista brasileño Dr. Valerio Mazzuoli, en su obra *“Tratados internacionales de derechos humanos y derecho interno”*, quien respecto del cumplimiento de parte de un país de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por éste, indica:

La compatibilidad del derecho doméstico con los tratados internacionales de derechos humanos en vigor en el país se efectúa por medio del control de convencionalidad (o principio de doble conforme), que es complementario y coadyuvante (jamás subsidiario) del conocido control de constitucionalidad. El control de convencionalidad (o doble conforme) tiene por finalidad compatibilizar verticalmente las normas domésticas (las diversas clases de leyes, lato sensu, vigentes en el país) con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por él y con vigencia en todo el territorio nacional. (Mazzuoli, 2010, p. 208)

Existe una patente contradicción entre un instrumento internacional de derechos humanos sustentada en la prevalencia de los derechos de las víctimas de los delitos y la paz social antes que la voluntad del delincuente, que reconocer sus antecedentes históricos en los fallos de los Tribunales post Segunda Guerra Mundial de Nuremberg y Tokio, donde prevalecieron los intereses de la humanidad y de las víctimas sobre los de las personas individualmente consideradas y que dieron nacimiento incluso a la Organización de Naciones Unidas y a la Declaración Universal de Derechos Humanos que en los párrafos 1, 2 y 6 de sus considerandos expresamente dispusieron:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (1); Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias (2) y Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (6) (Organización de las Naciones Unidas, 1948, Párrafos 1, 2 y 6 de los Considerandos de la Declaración Universal de Derechos Humanos)

Esos considerandos necesariamente han ido el sustento de los instrumentos internacionales posteriores, dentro de los cuales se encuentran las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, ratificadas por el Ecuador, las cuales permiten la intervención corporal compulsiva que, en caso alguno de acuerdo a la jurisprudencia internacional y comparada, la legislación internacional y comparada y la doctrina comparada, constituyen un trato cruel, inhumano y degradante para la persona a quien por especialistas médicos ajustados a la *lex artis*, se realiza una intervención corporal para llegar a la verdad real de la causa.

En el análisis de la normativa internacional y comparada, particularmente europea que se ajusta a los criterios de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudo determinarse la existencia de jurisprudencia, como la italiana y legislación, como la

contemplada en los códigos de procedimiento penales de Alemana, Francia y Grecia, en donde se permite la intervención corporal compulsiva, en los términos del Art.35 de las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, a lo que se añade la jurisprudencia argentina en la cual expresamente se falló que una mínima extracción de sangre para determinar por las muestras de ADN la identidad de una persona a fin de establecer su actuar culpable y penado por la ley o si inocencia.

De Vital Importancia, Igualmente Son Las Respuestas A Las Entrevistas a los Dres. Javier de la Cadena Correa, en su calidad de Juez de la Corte Provincial de Imbabura y a los Jueces de Garantías Penales del Cantón Ibarra, Dres. Fredy Sevillano Báez y Niederman Chandi Maldonado, quienes expusieron su posición fundada respecto de las intervenciones corporales invasivas y no invasivas para obtener muestras de ADN para identificación personal.

Las normas, jurisprudencia y doctrina internacional y comparada es mayoritariamente favorable a la intervención corporal compulsiva por orden judicial y con asistencia médica para obtener muestras ADN de identificación, destacando que ésta no es la única forma de determinar identidad de una persona, pero es la única que requiere intervención corporal invasiva, existiendo en materia internacional y comparada métodos tanto indirectos como no invasivos para obtener muestras de ADN, lo que no se regula, adecuadamente en el Ecuador, destacando que nuestro Código Orgánico Integral Penal, incumpliendo el principio de doble conforme o de convencionalidad internacional, hace prevalecer la voluntad del sospechoso de cometer un delito por sobre los intereses sociales de hacer justicia y velar por las víctimas, pudiendo advertirse que en nuestro país sucede lo que con certeza expresa el gran penalista argentino Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, quien expresó que “la víctima es el gran olvidado del proceso penal”, afirmación que se ha desvirtuado en el derecho internacional y comparado, especialmente por instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, incorporados y obligatorios en virtud de lo que expresamente dispone el Art. 417 de la Constitución de la República vigente.

Respecto de la discusión claramente existe instrumentos internacionales de derechos humanos, jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, criterios de organismos internacionales, así como legislación, doctrina y jurisprudencia comparada en la cual en forma categórica se determinó la legitimidad de las intervenciones corporales forzosas, que, en caso alguno generan un trato cruel, inhumano o degradante, destacando, igualmente que en materia internacional como comparada se reglamenta expresamente los métodos indirectos de obtención de muestras que tratan las formas no invasivas y que se obtienen se muestras abandonadas por parte de los supuestos autores o mediante procedimientos que no implican una intervención, como lo es la extracción de saliva de un sospechoso mediante la utilización de un hisopo que recoge la saliva de la persona a quien se practica, métodos que no se contemplan en nuestra legislación.

7.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES

Primera : En el numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, prevalece la voluntad del afectado de quien se precisa una intervención corporal, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida, transgrediéndose el principio de proporcionalidad y convencionalidad internacional contemplado expresamente en un instrumento internacional de derechos humanos como las contempladas en el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal de 1992, también conocidas como Reglas de Mallorca, que permiten esta intervención: a) cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito; b) cuando el delito sea grave; c) cuando en la intervención no haya peligro para la salud del afectado y d) que la intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona, no aplicándose estas reglas en nuestro ordenamiento jurídico, donde prevalece la negativa del afectado a esta intervención de modo absoluto.

Segunda: Mediante la contextualización de las situaciones teórico - doctrinarias a las que se llegó mediante la investigación legal, jurisprudencial y doctrinaria se concluyó que la realización de la prueba de histocompatibilidad (intervención corporal: a) no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica; b) Esta prueba pericial no tiene el poder, por sí sola, de probar la culpabilidad criminal o la inocencia de una persona, solo establecer una conexión irrefutable entre una persona y la escena del crimen; c) La intervención corporal compulsiva ordenada por la o el juzgador por realizarse con asesoría médica y cumpliendo con la *lex artis*, no implica en caso alguno un trato cruel, inhumano o degradante, lo que claramente obedece a Reglas de Mallorca y a legislación expresa, que autoriza la intervención corporal coercitiva, como ocurre especialmente con el Código de Procedimiento Penal de Francia, donde la negativa a la intervención corporal se sanciona con prisión de un año y multa de € 15.000 (quince mil euros = USD 17.100)

Tercera Los magistrados expresaron que en ningún caso la intervención corporal [extracción compulsiva de sangre] constituye un trato cruel, inhumano o degradante y que, al mismo tiempo existen pruebas indirectas que no requieren del consentimiento del afectado porque éste las abandonó [res nullius] y que permiten determinar al autor de un ilícito.

Cuarta: Efectuada la valoración sistemática de la doctrina, la legislación comparada y nacional, así como la jurisprudencia internacional, comparada y nacional, así como los planteamientos de los entrevistados, se determinó que si bien debe respetarse la voluntad del sospechoso de cometer un delito, cuando éste se oponga, en el caso de delitos graves y en virtud del *ius puniendi* del Estado y la verdad real del caso, no se vulnera la tutela judicial efectiva cuando la autoridad judicial ordene coactivamente esta intervención, respetando el derecho a la dignidad, intimidad e integridad de la persona

humana, recurriendo siempre a la intervención de un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis*.

7.2. RECOMENDACIONES

- Primera** Siendo el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 417 de la Constitución de la República, debe permitir la tutela judicial de las partes, autor y víctima en el proceso, aplicando directa e inmediatamente las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como Reglas de Mallorca, en cuyo artículo 23 expresamente permite la intervención corporal por orden judicial, con asistencia médica, cuando la persona se oponga a una intervención corporal y cuando el delito sea grave y no exista otro medio para descubrir el presunto delito, cumpliéndose con todos los requisitos que esta intervención corporal requiere y que se contemplan en el Art. 23 de las referidas Reglas.
- Segunda** Permitir la extracción compulsiva de ADN, porque ésta no constituye un trato cruel, inhumano o degradante; esta extracción tampoco determina la culpabilidad o inocencia de una persona y se permite cuando a la orden judicial se acompaña la intervención de un profesional médico ajustado a la *lex artis*, requisitos contenidos en el Art. 23 de las Reglas de Mallorca y que deben incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el Art. 84 de la Constitución de la República que obliga a esta entidad a adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, como ocurre con las mencionadas reglas.
- Tercera** De acuerdo a lo expuesto por los expertos entrevistados, además de no existir un trato cruel, inhumano ni degradante en la intervención corporal y que esta pericia es una diligencia que no tiene relación con un reconocimiento de culpabilidad, se puede llegar, igualmente a la verdad real, mediante la

utilización de métodos indirectos de prueba en el caso de muestras “res nullius”, la cuales no están mencionadas y reguladas en nuestra legislación procesal penal.

Cuarta Es recomendable complementar la incompleta norma del numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, permitiendo la intervención corporal: a) cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito; b) cuando el delito es grave; c) cuando no haya peligro para la salud o integridad del afectado; d) que esta intervención sea siempre practicada por profesional de la medicina de acuerdo con la lex artis y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona.

Quinta Necesario es que nuestras normas procesal penales concuerden con estas reglas aplicadas a nivel universal por la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos siendo obligación de la Asamblea Nacional, de conformidad al Art, 84 de la Constitución de la República adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constituciones y los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano.

8.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Barría, E. (2014, p. 2). Los medios de prueba invasivos del cuerpo humano y su incidencia en el proceso penal de un Estado de Derecho. *Bases para la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Tierra del Fuego* (págs. 1 - 35). Usuahia: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) Sede Río Grande, Facultad de Derecho, ciudad de Usuahia .
- Alonso Alonso, S. (2011, pp. 1 y 2). *ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos*. Madrid: Servicio de Biología, Instituto Nacional de toxicología y Ciencias Forenses de Madrid.
- Álvarez Buján, M. V. (2018, p. 80). *Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica*. Vigo: Universidad de Vigo, España.
- Anitúa, M. I. (17 de Junio de 2011, p. 12).
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/06/doctrina29457.pdf>. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/06/doctrina29457.pdf>:
<http://www.pensamientopenal.com.ar>
- Arbulú Martínez, V. (2015, Tomo II, p. 8). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Asamblea Legislativa de la República de Portugal. (2014, p. 152). *Utilización del ADN en la investigación criminal*. Lisboa, Portugal: Asamblea Legislativa de la República de Portugal.
- Asamblea Legislativa de la República de Portugal. (2014, pp. 23, 35 y 57). *Utilización de ADN en la investigación criminal. Legislación*. Lisboa: Asamblea Legislativa de la República de Portugal.
- Barbosa Machado, A. (2016, p. 18). *El uso del ADn mitocondrial en el análisis forense*. Brasilia: Universidad Centro Universitario de Brasilia.
- Barbosa Machado, A. (2016, pp. 3 y 4). Brasilia, Brasil: Centro Universitario de Brasilia.
- Barcia Rodríguez, S., & Delgado Rojas, S. (2008, pp. 74 - 75). Ambato: UNIANDES.
- Basile, A. (2001, pp. 216 - 217). *Fundamentos de Medicina Legal. Deontología y Bioética*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Cafferata Nores, J. (1998, pp. 3 -4). *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la Ley 23.984*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Depalma.
- Carboni, C. (2007, pp 107-108). *La prueba penal ante la coerción del imputado*. Rosario, Argentina: Nova Tesis.
- Código Orgánico Integral Penal. (2008, Art. 459 N° 1). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2017.

- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 453). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2017.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 459 N° 1). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2017.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art.459 N° 1). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2017.
- Colín Sánchez, G. (2012, pp. 405, 406 y 407). *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. México: Porrúa.
- Constitución de la República. (2016, Art. 426 inciso 2°). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República. (2016, Art. 84). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, Art. 3 N° 8). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, Art. 417). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, Art. 77 N° 7, literal c)). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.
- Corte Constitucional de la República de Italia. (1996, p. 2.155). *Giurisprudenza Costituzionale, fascículo 4, Milán*, 2.155.
- Declaración Internacional (ONU) sobre los Datos Genéticos Humanos. (2003, Art. 8 literal a)). Nueva York: Organización de Naciones Unidas.
- Dias, M. (2014, pp. 15 y 16). *ADN: Prueba frente a los derechos y garantías fundamentales*. Campina Grande, Estado de Paraíba, Brasil: Universidad Estadual de Paraíba, Centro de Ciencias Jurídicas.
- Díaz Rodríguez, V. (2013, p. 43). *Sistemas biométricos en materia criminal: un estudio comparado*.
- División de Información Legislativa y Parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la República de Portugal. (2014, p. 40). *Utilización del ADN en la investigación criminal, Legislación*. Lisboa: Asamblea Legislativa de la República de Portugal.
- Duart Albiol, J. (2013, pp. 34 y 35). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Enciclopedia Ilustrada de Salud (Health Illustrated Encyclopedia) de los Estados Unidos de Norteamérica.: (14 de Agosto de 2018, p. 1). <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002363.htm>. Obtenido de <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002363.htm>: <https://medlineplus.gov>

- Etxeberria Guridi, J. F. (s.f.).
- Etxeberria Guridi, J. F. (1999, p. 518). *Las Intervenciones Corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal*. Madrid: Trivium.
- Figueiredo Días, J. (1974, pp. 193 - 194). *Derecho Procesal Penal*. Coimbra Editora.
- Gaburro Paneto, G. (2006, p. 18). *Utilización del ADN mitocondrial en el contexto forense brasileño*. Sao Paulo, Brasil: Universidad Nacional del Estado de Sao Paulo.
- García Pino, G., & Contreras Vásquez, P. (2013, pp. 244 - 245). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales, N° 2, Universidad de Talca, Chile*, 229 - 282.
- Giacomolli, N. (2014, p. 159). *El debido proceso legal*. Sao Paulo, Brasil: Atlas.
- González - Cuellar Serrano, N. (1990, pp. 290 y 294). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, España: COLEX.
- González Cuéllar Serrano, N. (1990, p. 290). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*,. Madrid: COLEX.
- Jumbo Cárdenas. (2016, p. 6). *Comparación entre el DNA (ADN) mitocondrial y DNA (ADN) nuclear en su utilidad en la identificación de personas*. Machala: Universidad de Machala.
- Junho Pena, S. (2005 N° 20, p. 451). Seguridad Pública, determinación de la identidad genética por el A.D.N. *Parcerias Estratégicas, Brasilia*, 447 - 460.
- Ley de Seguridad Pública y del Estado. (2009, Art. 4, literales a) y b)). Quito: Registro Oficial Suplemento 35 de 28/09/2009 .
- Lorente Acosta, J. A. (1997, p. 126). *Nuevas perspectivas en paleopatología a través de la genética*. San Fernando, España: Actas del IV Congreso Nacional de Paleopatología (San Fernando, 2-5 Octubre 1997).
- Marfany, G. (2011, pp. 56 y 57). la huella genética o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de muestras biológicas de origen humano. En M. (. Casado María & Guillén, *ADN Forense; problemas éticos y jurídicos* (págs. 54 - 65). Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Marfany, G. (s.f.). La huella o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de datos personal.
- Martín Ostos, J. (2012, pp. 134 - 135). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.
- Mazzuoli, V. (2010, p. 208). *Tratados internacionales de derechos humanos y derecho interno*. Sao Paulo: Saraiva.

- Mestres Naval, F., & Vives Riego, J. (2009, p. 240). Banco y bases de datos para usos forenses. *Revista Poder Judicial N° 89, Barcelona*, 239 - 263.
- Moner Muñoz, E. (1993, p. 180). Las intervenciones corporales. *Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. XXIX, p. 180*.
- Mora Mora, L. P., & González Álvarez, D. (1992, p. 60). La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. *Revista de Ciencias Penales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 53 - 65.
- Moreno Rodríguez, R. (2001, pp. 406 - 407). *Diccionario de Ciencias Penales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Noris Garcia, G., & Santana Torres, C. (2009, pp. 1 - 2). La familia Imperial Rusa y la Genética Forense. *Biología Molecular Diagnóstica*, 1 - 3.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948, Párrafos 1, 2 y 6 de los Considerandos de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992, Art. 23). *las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Proceso Penal (Reglas de Mallorca)*. Mallorca, España: Organización de las Naciones Unidas.
- Queijoo, M. E. (2003, pp. 355 - 356). *El derecho de no producir prueba contra sí mismo: El principio nemo tenetur se detegere y sus consecuencias en el proceso penal*. Sao Paulo, Brasil: Saraiva.
- Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). (2010, Regla N° 64). Nueva York: Organización de Naciones Unidas.
- Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina. (2001, p. 852). *Recurso de casación : Oliva, Héctor Fabián p.s.a. abuso sexual con acceso carnal*. Córdoba, Argentina: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.
- Sala Va de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires. (2012, Parte Resolutoria). *Caso M.J.R. s/robo – extracción compulsiva de sangre de 30/12/2012*. Buenos Aires, Argentina: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires.
- Schio Saboia, B. (2017, p. 4). *Intervención Corporal, Identificación Criminal Via ADN y el principio de nemo tenetur se detegere [principio de no autoincriminación]*. Porto Alegre, Brasil: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul.
- Senado de la República de Francia. (2006, pp. 5 - 6). *El uso de huellas genéticas (ADN) en el procedimiento penal, Estudio de Derecho Comparado N° 157/2006*. París, Francia: Senado de la República de Francia.

- Solano, A., Playán, A., López-Pérez, M., & Montoya, J. (2001, pp. 152 - 153). Enfermedades genéticas del ADN mitocondrial humano. *Salud Pública México N° 2, Cuernavaca, México*, 151 - 161.
- Tadeo Rangel. (2013, p. 21). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tadeo Rangel, M. (2013, p. 54). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Tadeo Rangel, M. (2013, pp. 3 y 16). *La genética forense en México su aplicación legal y el banco de datos genéticos*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Tadeo Rangel, M. Á. (2013, p. 18). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tadeo Rangel, M. Á. (2013, pp. 18 - 19). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tapia, J. F. (2008, p. 15). *Intervenciones corporales en el proceso penal*. Mar del Plata: Facultad de Derecho Universidad de Mar del Plata. Mar del Plata:.
- Toro Lucena, O. (2010, p. 191). Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites. *Criterio Jurídico Garantista N° 3 de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá.*, 188 - 199.
- Tribuzzio, M. (2010, p. 54). *Extracción compulsiva de sangre en el proceso penal. Debate en torno a la constitucionalidad de la prueba de ADN*. Córdoba, Argentina: Universidad Empresarial Siglo XXI.
- Tribuzzio, M. (2010, pp. 61 - 64). Córdoba, Argentina: Universidad Empresarial Siglo XXI.
- Vernet, J. (2017, p. 104). Los registros corporales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Revista Europea de Derechos Fundamentales, Editorial Comares, Granada, España*, 95 - 122.

ANEXOS

ANEXO I

CUESTIONARIO DE ENTREVISTAS, CUYAS PREGUNTAS FUERON APROBADAS POR EL TUTOR, EFECTUADO AL DR. JAVIER DE LA CADENA CORREA, EN SU CALIDAD DE JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA Y A LOS JUECES DE GARANTÍAS PENALES DEL CANTÓN DE IBARRA, DRES. FREDY SEVILLANO BÁEZ Y NIEDERMAN CHANDI MALDONADO ACERCA DE LA MATERIA INVESTIGADA:

- Pregunta N° 1 Indique en qué consiste la prueba de ADN en materia penal.
- Pregunta N° 2 ¿Es la extracción de ADN un trato cruel inhumano o degradante?
- Pregunta N° 3 El numeral 8 del Art. 3 de la Constitución de la República “*garantiza a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral*” y el Art. 66 N° 3 del mismo cuerpo legal garantiza *el derecho a la integridad personal* ¿Considera que la extracción compulsiva de ADN vulnera el derecho a la a la integridad personal y a la *seguridad integral* cuando el procesado se niega a la realización de una intervención corporal?
- Pregunta N° 4.- En el derecho comparado en casos de delitos contra la humanidad o ilícitos graves se permite la extracción compulsiva de ADN con todas las seguridades médicas a fin de velar por el interés de la sociedad y la verdad judicial ¿Es adecuada la norma ecuatoriana que protege al sospechoso de un delito antes que al interés general de la sociedad que el Estado debe proteger?
- Pregunta N° 5.- ¿Ha conocido de algún caso en que el procesado por un delito grave se haya opuesto a que se le practique una intervención corporal y qué sucedió con la determinación de la responsabilidad penal del mismo?
- Pregunta N° 6.- Como ocurre con todas las legislaciones comparadas y los procedimientos judiciales y policiales, a la prueba indirecta de ADN obtenida por la Policía o el Investigador (en caso de muestras abandonadas por el supuesto responsable, como colillas de cigarro u otros vestigios obtenidos con posterioridad al delito) ¿Es necesario que se les otorgue validez legal para que se logre llegar a la verdad judicial?
- Pregunta N° 7.- ¿Sabe usted qué es el procedimiento de intervención corporal indirecto y no invasivo por obtener muestras de ADN?

Pregunta N° 8.- ¿Es lógico que todo tipo de intervención corporal incluso las indirectas precisen del consentimiento del procesado, incluso cuando se trate de muestra abandonadas por éste?

Pregunta N° 9.- ¿Es adecuada la normativa nacional que regula las intervenciones corporales y la prueba de ADN?

Pregunta N° 10.- La doctrina y jurisprudencia comparada, en especial de la Corte Suprema de Argentina establece que la intervención corporal no afecta otros derechos fundamentales, como la **vida, la salud, o la integridad corporal**, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una **perturbación ínfima** en comparación con los intereses superiores la defensa de la sociedad y la persecución del crimen ¿Es ajustada esta doctrina que coincide con todos los parámetros internacionales o la nacional que defiende los derechos de los posibles responsables, en otras palabras los delincuentes por sobre el interés social?

ANEXO II

Desarrollo de las entrevistas al Juez de la Corte Provincial de Imbabura Dr. Javier de la Cadena Correa; a los Jueces de Garantías Penales del Cantón Ibarra Dres. Freddy Javier Sevillano Báez y Niederman Chandi Maldonado

II. 1 Entrevista al Juez de la Corte Provincial de Imbabura Dr. Javier de la Cadena Correa

1.- Indique en qué consiste la prueba de ADN en materia penal.

La prueba de ADN en materia penal básicamente tiene la finalidad de esclarecer ciertos tipos de delitos en los que se han quedado restos de ácido desoxirribonucleico en este sentido podemos hablar de delitos sexuales, delitos contra la vida básicamente estamos hablando de estos dos bienes jurídicos también podemos hablar de los delitos de lesiones en donde se quedan los restos biológicos del infractor, entonces la prueba del ADN tendría la finalidad de identificar al sujeto activo de la infracción en base a una prueba biológica.

2.- ¿Es la extracción de ADN un trato cruel inhumano o degradante?

Al respecto tenemos la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura tratos crueles inhumanos y degradantes donde establece claramente cuales son actos que constituyen estos tratos. La extracción del ADN consideramos primeramente de que formalmente no está dentro de estas conductas como un trato cruel, es decir legalmente no está, pero más allá de eso sabiendo cómo se hacen los procedimientos se considera que de ningún modo se podría considerar un trato cruel e inhumano o degradante

3.- El numeral 8 del Art. 3 de la Constitución de la República “*garantiza a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral*” y el Art. 66 N° 3 del mismo cuerpo legal *garantiza el derecho a la integridad personal* ¿Considera que la extracción compulsiva de ADN vulnera el derecho a la a la

integridad personal y a la *seguridad* integral cuando el procesado se niega a la realización de una intervención corporal?

Partiendo de que la doctrina nos dice que no todos los derechos son absolutos , lógicamente implican que la extracción del ADN va afectar el derecho a la integridad y también al derecho a la seguridad integral porque se está realizando un acto considerando que no existe una autorización, sin embargo de acuerdo a la Doctrina y la jurisprudencia vinculante de Derecho Humanos decía que no todos los derechos son absolutos si normalmente se los va a vulnerar con el efecto de proteger a la sociedad eso está permitido dentro de un ordenamiento jurídico u ordenamiento social, en definitiva se sacrifican ciertos derechos por la seguridad de toda la sociedad con el objetivo de la protección al ser humano.

4.- En el derecho comparado en casos de delitos contra la humanidad o ilícitos graves se permite la extracción compulsiva de ADN con todas las seguridades médicas a fin de velar por el interés de la sociedad y la verdad judicial ¿Es adecuada la norma ecuatoriana que protege al sospechoso de un delito antes que al interés general de la sociedad que el Estado debe proteger?

Dentro de los procedimientos investigativos el Código Orgánico Integral Penal ha establecido que para la extracción de fluidos o muestras en este caso para el ADN es necesaria la autorización de esta persona incluso nos dice que no puede ser constreñida lo que implica que no se le puede obligar lo que tampoco se puede forzar a que de sus muestras. Yo considero de que esta norma ecuatoriana protege al sospechoso en este caso sus derechos a la integridad personal a la no autoincriminación sin embargo considero que esta norma ecuatoriana esta desactualizada porque tenemos valores que son mucho más importantes donde un Estado debe hacer la ponderación y dentro de estos valores tenemos justamente sectores de protección por ejemplo los niños, mujeres que han sido víctimas de abusos sexuales , entonces pienso que esta protección que tiene el individuo sujeto activo de una infracción debe ser modulada y regulada, es decir se podría afectar a sus derechos siempre y cuando se trate de proteger bienes jurídicos de mayor importancia que

estos derechos en este caso podríamos hablar la vida , la integridad sexual en definitiva de ciertos tipos penales o bienes jurídicos que impliquen importancia para toda la colectividad.

5.- ¿Ha conocido de algún caso en que el procesado por un delito grave se haya opuesto a que se le practique una intervención corporal y qué sucedió con la determinación de la responsabilidad penal del mismo?

Si he tenido casos, recuerdo alguna vez fuimos al Centro de Detención a pedirle se realice la extracción de la muestras sin embargo esta persona consulto con su abogado y se negó a darlo, considero que aquí entramos en un tema de valoración probatoria muchas veces los tipos penales básicamente donde se requieren probar la identidad de una persona no siempre se la va hacer con una prueba directa como en este caso la prueba del ADN existen pruebas indirectas o pruebas como nosotras la llamamos pruebas indiciarias que le llevan a determinar o a concluir a una persona que determinado sujeto activo cometió la infracción entonces pienso si bien es cierto da la certeza de que esta persona cometió el delito existen otros medios probatorios, lo importante es que la Fiscalía como titular de la acción realice un buen trabajo recoja suficientes indicios para que esta prueba de ADN no sea trascendental en un procesos penal, es decir sea simplemente el soporte final porque es necesario que existan otro tipo de pruebas que nos lleven a tener la certeza de un cometimiento del ilícito

6.- Como ocurre con todas las legislaciones comparadas y los procedimientos judiciales y policiales, a la prueba indirecta de ADN obtenida por la Policía o el Investigador (en caso de muestras abandonadas por el supuesto responsable, como colillas de cigarro u otros vestigios obtenidos con posterioridad al delito) ¿Es necesario que se les otorgue validez legal para que se logre llegar a la verdad judicial?

Uno de los derechos del ser humano es llegar a conocer la verdad de los hechos respecto al cometimiento de infracciones, pienso que se puede respaldar con la extracción indirecta de ADN en este caso los indicios como decía hace un momento son de vital importancia, primeramente es necesario que estos indicios sean ciertos, es decir realmente nos den la

certeza de que la prueba tomada de estos indicios abandonados por el supuesto responsable corresponda realmente a él, y esto se lo haría de acuerdo al contexto general de las circunstancias de la infracción entonces la utilización de prueba indirecta de ADN es importante siempre y cuando se garantice la recopilación y además le corresponda al sujeto activo, esta prueba indirecta podría llevarnos a confusiones por decir la colilla del cigallo no era precisamente del infractor sino de otra persona en este caso nos podría llevar a confusiones si lo que realmente se quiere respaldar es el conocimiento de la verdad.

7.- ¿Sabe usted qué es el procedimiento de intervención corporal indirecto y no invasivo por obtener muestras de ADN?

Si conozco, básicamente la intervención corporal indirecto se refiere a utilizar se me ocurre cabellos, utilizar restos donde se puedan ubicar el ADN del ciudadano; no invasivo porque no se requiere constreñirle a esta persona para recabar esta prueba.

8.- ¿Es lógico que todo tipo de intervención corporal incluso las indirectas precisen del consentimiento del procesado, incluso cuando se trate de muestra abandonadas por éste?

Pienso que no, porque básicamente lo que se requiere es llegar a la verdad y si tenemos la certeza de que una prueba indirecta nos va llevar hacer una extracción de ADN certera del infractor no es necesario la autorización de este ciudadano, porque no se afecta el derecho de integridad y menos el derecho de seguridad de este ciudadano, entonces lo que más bien se debería propender es justamente a ponderar otros derechos como los de la víctima, el derecho al conocimiento de la verdad, derecho de la tutela judicial efectiva y derecho a la seguridad ciudadana que estarían en colisión con los derechos del infractor.

9.- ¿Es adecuada la normativa nacional que regula las intervenciones corporales y la prueba de ADN?

Existen legislaciones como la española y la argentina donde básicamente ya se autoriza las intervenciones corporales y la prueba de ADN incluso también se autoriza la utilización de pruebas indirectas o recabaciones indirectas de ADN para llegar al establecimiento de la

verdad. Considero que el Ecuador debe avanzar un poco más en este sentido con la finalidad de aperturar los derechos, partiendo por ejemplo que existen derechos se me ocurre por ejemplo ya lo hemos hecho en el tema del domicilio una de los derechos es la inviolabilidad del domicilio sin embargo se autoriza muchas veces el allanamiento por situaciones específicas así como se ha regulado en estos casos así se debería regular en lo que se refiere a la extracción de fluidos y muestras para el ADN porque a la final se estaría ponderando a favor de seguridad ciudadana y en definitiva del orden constituido jurídico.

10.- La doctrina y jurisprudencia comparada, en especial de la Corte Suprema de Argentina establece que la intervención corporal no afecta otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores la defensa de la sociedad y la persecución del crimen ¿Es ajustada esta doctrina que coincide con todos los parámetros internacionales o la nacional que defiende los derechos de los posibles responsables, en otras palabras los delincuentes por sobre el interés social?

Como ya hemos hablado lo más importante es justamente el interés superior de la sociedad, el interés público que debe primar sobre los intereses privados, en este caso la norma está obstaculizando a una tutela judicial efectiva, está obstaculizando el derecho de la víctima a conocer la verdad y ser reparada por las infracciones penales. Está obstaculizando en definitiva a que se cumpla con la finalidad del Estado Constitucional de derechos y justicia que es básicamente llegar a hacer justicia y esclarecer la verdad sobre todo la primacía de los derechos humanos sobre el resto de los derechos.

II.2. Entrevista al Juez de Garantías Penales del Cantón Ibarra Dr. Freddy Javier Sevillano Báez

1.- Indique en qué consiste la prueba de ADN en materia penal.

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es un compuesto orgánico de moléculas que contienen las instrucciones genéticas que coordinan el desarrollo y funcionamiento de todos los seres vivos y que tienen la particularidad de ser exclusivos de cada ser vivo, constituyendo su huella genética que permite, mediante su análisis determinar con una fiabilidad ascendente al noventa y nueve por ciento de probabilidades, la identificación, en el caso penal, de una persona y establecer su calidad o no de autor de un delito.

2.- ¿Es la extracción de ADN un trato cruel, inhumano o degradante?

Desde mi punto de vista no constituye un trato cruel, inhumano o degradante, ya que éste es definido de acuerdo a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como aquel que provocan voluntariamente graves sufrimientos mentales o físicos a la persona, cosa que no sucede con la extracción de una gota de sangre, que genere temor, angustia o humillación; de lo contrario y siguiendo un criterio análogo podría significar que la toma de sangre para determinar el grado alcohólico de un conductor también implicaría un trato de estas características y en el caso que el afectado se oponga al examen se presume culpable, entonces ¿acaso es legal que una persona en este estado se oponga al examen argumentando que se está transgrediendo su derecho constitucional a la no autoincriminación?. Importante es destacar que en Europa e incluso en materia internacional, se permite la extracción compulsiva de sangre para delitos graves y, en Argentina, se procedió a aplicarla en el caso de la determinación de la identidad de los hijos de personas asesinadas por la dictadura, que habían sido adoptados por terceros.

3.- El numeral 8 del Art. 3 de la Constitución de la República “*garantiza a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral*” y el Art. 66 N° 3 del mismo cuerpo legal *garantiza el derecho a la integridad personal* ¿Considera que la extracción compulsiva de ADN vulnera el derecho a la integridad personal y a la *seguridad integral* cuando el procesado se niega a la realización de una intervención corporal?

Bajo ningún punto de vista y me remito a lo que señalé respecto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano, porque la extracción compulsiva de sangre que se acepta por el Art. 23 de las Reglas de Mallorca, constituye un trato que atente contra la integridad del sospechoso de cometer un delito.

- 4.- En el derecho comparado en casos de delitos contra la humanidad o ilícitos graves se permite la extracción compulsiva de ADN con todas las seguridades médicas a fin de velar por el interés de la sociedad y la verdad judicial ¿Es adecuada la norma ecuatoriana que protege al sospechoso de un delito antes que al interés general de la sociedad que el Estado debe proteger?**

La normativa nacional es inadecuada, destacando que en esta materia el Ecuador incumple el principio de convencionalidad, ya que ratificó las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal del año 1991, también conocidas como Reglas de Mallorca, que en su artículo 23 permiten en determinados casos la extracción compulsiva de muestras de sangre para un examen de ADN señalando que no existe en esta extracción un trato cruel inhumano ni degradante, infiriéndose de acuerdo a esa normativa internacional de derechos humanos que no existe una transgresión al principio de no autoincriminación, a lo que se añade que el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos de nuestro Estado implica una conformidad con el principio conocido como “ doble conforme” o “principio de convencionalidad”, porque nuestro Estado se obligó a respetar los instrumentos internacionales y a aplicarlos cuando las normas de éstos sean más favorables a las establecidas en la Constitución de la República, de acuerdo a lo que se dispone en el inciso 2° del Art. 424 y el inciso 2° del Art. 426, prevaleciendo en este caso la paz social y los derechos de la víctima, sobre todo cuando se trata de delitos graves e incluso contra la humanidad, siendo una aberración que la verdad judicial se vea obstruida por la negativa del sospechoso se cometer un delito grave de dar su consentimiento para que se le practique una intervención corporal tendiente a obtener una muestra de ADN a fin de determinar su culpabilidad o inocencia en el cometimiento de un delito.

- 5.- ¿Ha conocido de algún caso en que el procesado por un delito grave se haya opuesto a que se le practique una intervención corporal y qué sucedió con la determinación de la responsabilidad penal del mismo?**

Existen algunos casos en Imbabura, de los que conozco dos se relacionan principalmente con delitos de violación en uno de ellos se denuncia al supuesto autor después de dos años

de cometido el delito, quien accede a que le tomen la prueba voluntariamente, determinándose mediante el examen de ADN que el denunciado no era el padre del hijo cuya paternidad se presumía; otro caso determinó la existencia de dos restos seminales provenientes de relaciones consensuadas de la supuesta víctima con dos personas de sexo masculino.

6.- Como ocurre con todas las legislaciones comparadas y los procedimientos judiciales y policiales, a la prueba indirecta de ADN obtenida por la Policía o el Investigador (en caso de muestras abandonadas por el supuesto responsable, como colillas de cigarro u otros vestigios obtenidos con posterioridad al delito) ¿Es necesario que se les otorgue validez legal para que se logre llegar a la verdad judicial?

El COIP no es claro respecto de la prueba indirecta, al contrario de lo que sucede en el derecho comparado en donde prueba indirecta tiene plena validez, recordando un caso de España en el cual una colilla de cigarro y restos de saliva sirvieron para identificar a miembros de la organización terrorista ETA, los cuales interpusieron recurso de casación contra las sentencias que declararon su culpabilidad, alegando la ilicitud de la prueba. Sin embargo, los respectivos recursos de casación fueron rechazados, condenándose a los autores del delito terrorista. En el Ecuador no ha habido un caso similar relacionado con la prueba indirecta ni con su nulidad o validez.

7.- ¿Sabe usted qué es el procedimiento de intervención corporal indirecto y no invasivo por obtener muestras de ADN?

El procedimiento indirecto es aquel que no precisa de intervención corporal directa, teniendo estas muestras el carácter de “res nullius”, las cuales fueron abandonadas voluntariamente por el sospechoso de cometer un delito consistiendo éstas por ejemplo en colillas de cigarro, saliva impregnada en un vaso o una tasa utilizada por el sospechoso e incluso la saliva, la orina o los excrementos, que pueden ser analizados con las actuales tecnologías y que determinan la culpabilidad o inocencia de la persona que se supone ha cometido el delito que se le imputa.

8.- ¿Es lógico que todo tipo de intervención corporal incluso las indirectas precisen del consentimiento del procesado, incluso cuando se trate de muestra abandonadas por éste?

Bajo ningún punto de vista, solo en la intervención directa se requiere el consentimiento de la persona que se sospecha haber cometido un ilícito, pero respecto de los elementos que se califican de “res nullius”, como la saliva, colillas de cigarrillos, de orina o excrementos, sería absurdo alegar la ilicitud de esta prueba porque voluntariamente la persona que generó estos residuos se desprendió de ellos, razón por la cual dar lugar a la ilicitud de esta prueba porque no ha mediado la autorización de la personas que los produjo o abandonó, es absurdo tanto como alegar la ilicitud de la misma.

9.- ¿Es adecuada la normativa nacional que regula las intervenciones corporales y la prueba de ADN?

No porque incluso contraviene los instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo son las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como reglas de Mallorca, que permiten – en su Art. 23 - la extracción compulsiva de muestras practicada por un especialista de la salud que se ajustan a la lex artis y que, en caso alguno, generan un trato cruel, inhumano o degradante, reglas ratificadas por el Ecuador y que prevalecen sobre la normativa nacional en la cual no se interrumpe la verdad judicial por la mera voluntad de la persona a quien se imputa el cometimiento del delito irrespetando los derechos de la víctima del mismo o de sus familiares cuando a aquella se le ha, por ejemplo, causado la muerte.

10.- La doctrina y jurisprudencia comparada, en especial de la Corte Suprema de Argentina establece que la intervención corporal no afecta otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores la defensa de la sociedad y la persecución del crimen ¿Es ajustada esta doctrina que coincide con todos los

parámetros internacionales o la nacional que defiende los derechos de los posibles responsables, en otras palabras los delincuentes por sobre el interés social?

Creo que debe legislarse en nuestro ordenamiento jurídico de las clases de ADN y de las pruebas invasivas y no invasiva por las cuales se determina la participación culpable y penada por la ley de una persona, destacando que con los métodos invasivos la legislación internacional como dije anteriormente, a que se refieren las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como Reglas de Mallorca, ratificadas por el Ecuador, permiten en este caso constreñir al supuesto autor para obtener las muestras mediante las cuales se obtenga el ADN que determine necesariamente la identidad o no del autor del delito; destacando igualmente que también existen pruebas no invasivas, como es obtener muestras de saliva mediante un hisopo que recoja muestras de saliva que no implican invasión de la intimidad del afectado, a la que se añaden otras pruebas no invasivas que se constituyen por efluvios biológicos como la saliva contenida en colillas de cigarro y objetos como tasas o vasos, o un simple “escupitajo”, excrementos u orina, las cuales son muestra abandonadas voluntariamente por quien las generó y que han adquirido el carácter de res nullius.

II.3 Entrevista al Juez de Garantías Penales del Cantón Ibarra, Dr. Niederman Chandi Maldonado

1.- Indique en qué consiste la prueba de ADN en materia penal.

La prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que permite identificar a una persona, por su código genético, entendido ése como un «conjunto de informaciones contenidas en los genes, que sirven para determinar las características de las personas»-, siendo de gran utilidad para la investigación de paternidad y para la solución de delitos grave, especialmente los de tipo sexual, bastando simplemente la obtención de cabellos, piel, sangre o semen que se encuentren en el lugar donde se cometió el ilícito o encontrados en el cuerpo de la víctima lo que permite la identificación genética del agresor. El resultado se genera con la comparación de estos vestigios con las muestras que se obtienen del

sospechoso de cometer el delito, siendo este examen de tal exactitud que, necesariamente, puede determinarse, en forma exacta la culpabilidad o inocencia del autor, sin embargo en el Ecuador el problema radica en que la obtención de la muestra debe ser voluntaria, no pudiendo constreñirse al sospechoso a quien se imputa el cometimiento del delito, lo que contraviene las normas internacionales de derechos humanos, como lo son las Reglas de Mallorca, ratificadas por el Ecuador y que permiten la obtención forzosa de muestras.

2.- ¿Es la extracción de ADN un trato cruel inhumano o degradante?

No, bajo ningún punto de vista, la extracción de unas gotas de sangre para recolectar muestras de ADN no es un trato de estas características porque los tratos crueles, inhumanos o degradantes tienen relación con la tortura y, en caso alguno una muestra de sangre tiene relación con el delito de tortura, sustentando jurídicamente esta afirmación el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como Reglas de Mallorca, que permiten la extracción involuntaria de sangre del sospechoso, procedimiento que en caso alguno es el único para llegar a la verdad judicial, porque existen pruebas indirectas como la toma de muestras de saliva existente en colillas de cigarrillos, de taza, cucharas o vasos, en la orina e incluso en sus deposiciones; igualmente, existen tomas de muestras que no implican violentar al sospechoso, como lo son las muestras de saliva obtenidas mediante hisopos especiales.

3.- El numeral 8 del Art. 3 de la Constitución de la República “*garantiza a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral*” y el Art. 66 N° 3 del mismo cuerpo legal *garantiza el derecho a la integridad personal* ¿Considera que la extracción compulsiva de ADN vulnera el derecho a la integridad personal y a la *seguridad integral* cuando el procesado se niega a la realización de una intervención corporal?

Los derechos de la víctima de un delito y la verdad real del proceso, no pueden depender de la mera voluntad del autor del delito, particularmente en el caso de delitos graves, siendo el criterio de la legislación y jurisprudencia, especialmente de los países europeos, permitir la extracción compulsiva de sangre, ello por la experiencia vivida en la 2ª guerra

mundial, en donde para juzgar a los genocidas quienes, en su defensa, alegaron el principio de no autoincriminación, la obediencia debida y el *nullum crimen nulla pena sine lege*, ello impedía condenar a los genocidas imponiéndose los principios del derecho natural en los cuales la paz social y los derechos de las víctimas sirvieron de base para que, posteriormente, se acordaran por los diversos países un serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se permite esta extracción – que no viola derecho alguno – especialmente el crímenes contra la humanidad y en delitos graves que tengan asignada una pena superior a cinco años, especialmente en lo que dice relación con delitos que atentan contra la vida e integridad de las personas, y, sobre todo en materia de delitos sexuales, de lo contrario si no pudiere identificarse al autor de un delito por otros medios, éste quedaría en la más absoluta impunidad.

4.- En el derecho comparado en casos de delitos contra la humanidad o ilícitos graves se permite la extracción compulsiva de ADN con todas las seguridades médicas a fin de velar por el interés de la sociedad y la verdad judicial ¿Es adecuada la norma ecuatoriana que protege al sospechoso de un delito antes que al interés general de la sociedad que el Estado debe proteger?

Me remito plenamente a lo expuesto en la respuesta anterior, debe prevalecer el interés del Estado en hacer justicia y llegar a la verdad real en toda investigación, a fin de proteger a las víctimas de delitos.

5.- ¿Ha conocido de algún caso en que el procesado por un delito grave se haya opuesto a que se le practique una intervención corporal y qué sucedió con la determinación de la responsabilidad penal del mismo?

Personalmente no me ha tocado conocer algún caso en el que se haya necesitado una intervención corporal, sólo he tomado conocimiento de casos tanto nacionales como del derecho comparado, pero en el derecho nacional se protege al victimario quien puede oponerse una intervención corporal, lo que no sucede, como señalé, anteriormente, en los instrumentos internacionales de derechos humanos ni en el derecho comparado,

discrepando nuestra normativa con los criterios legales,. Doctrinarios y jurisprudenciales prevalecientes a nivel mundial

6.- Como ocurre con todas las legislaciones comparadas y los procedimientos judiciales y policiales, a la prueba indirecta de ADN obtenida por la Policía o el Investigador (en caso de muestras abandonadas por el supuesto responsable, como colillas de cigarro u otros vestigios obtenidos con posterioridad al delito) ¿Es necesario que se les otorgue validez legal para que se logre llegar a la verdad judicial?

Las muestras abandonadas de las cuales se puede extraer perfiles de ADN, no están debidamente reglamentadas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, siendo notorios los casos existentes en España (determinación de la identidad de dos terroristas de ETA autores de atentados, gracias a muestras de saliva encontradas en la calle y que fueron abandonadas por éstos y que estaban siendo vigilados por la policía: rechazándose los recursos de casación de nulidad de la prueba de ADN por parte de los autores del delito), igual situación ha sucedido en los Estados Unidos de Norteamérica, en la determinación de la identidad de homicidas gracias a las modernas técnicas de determinación de ADN.

7.- ¿Sabe usted qué es el procedimiento de intervención corporal indirecto y no invasivo por obtener muestras de ADN?

Me remito a lo señalado en la respuesta anterior, las muestras indirectas son plenamente válidas en el derecho comparado, siendo necesario que se legisle más integralmente sobre la materia, con la asesoría científica adecuada a nuestros assembleístas.

8.- ¿Es lógico que todo tipo de intervención corporal incluso las indirectas precisen del consentimiento del procesado, incluso cuando se trate de muestra abandonadas por éste?

En ningún caso, como expuse, debe dar a estas clases de pruebas un determinado valor porque de ellas puede extraerse muestras de ADN, las cuales confrontadas con los

vestigios determinan la identidad del autor del delito y mal esta prueba puede considerarse inválida o nula por no contar con el consentimiento de éste, lo que, a mi modesto entender, no se ajusta a derecho.

9.- ¿Es adecuada la normativa nacional que regula las intervenciones corporales y la prueba de ADN?

Necesariamente se debe confrontar la legislación nacional con los instrumentos internacionales de derechos humanos, destacando que estos últimos tienen su sustento en jurisprudencia, doctrina y normas que dieron nacimiento a la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los instrumentos que le sucedieron en los cuales prevalecen los derechos de las víctimas sobre los de los victimarios, recuerdo claramente que el gran penalista argentino Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni expresó que el gran olvidado del derecho penal “era la víctima”, razón por la cual pese a las normas internacionales de derechos humanos, prevalecían los derechos de los victimarios sobre los de las víctimas, sin embargo, esta situación cambió sustancialmente con las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el proceso penal, también conocidas como Reglas de Mallorca, en las cuales, de conformidad a su Art. 23, para obtener las muestras de ADN el juez de la causa estaba facultado para constreñir al sospechoso que se hubiera opuesto a que se le practicara una intervención corporal, a fin de obtener las muestras forzosamente, lo que no se permite en nuestro Código Orgánico Integral Penal, siendo necesario que el Ecuador se ajuste a los instrumentos internacionales de derechos humanos que permiten la extracción compulsiva de muestras a fin de obtener la verdad real.

10.- La doctrina y jurisprudencia comparada, en especial de la Corte Suprema de Argentina establece que la intervención corporal no afecta otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores la defensa de la sociedad y la persecución del crimen ¿Es ajustada esta doctrina que coincide con todos los parámetros internacionales o la nacional que defiende los derechos de los

posibles responsables, en otras palabras los delincuentes por sobre el interés social?

Como señalé en la respuesta anterior, es jurídicamente correcta la apreciación de la jurisprudencia, legislación y doctrina comparada en la cual no existe trato cruel, inhumano o degradante en la extracción de una simple muestra de sangre, ya que este procedimiento es supervisado por personal médico que se ajusta a *lex artis*, permitiéndose la extracción no voluntaria de muestras impidiendo que una mera negativa del sospechoso vulnere los derechos de la víctima del delito y se cercene el *ius puniendi* del Estado en esta materia, criterio que se consagra en los instrumentos internacionales de derechos humanos como lo son las Reglas de Mallorca, criterio que se aplica en la mayoría de los países del mundo, siendo el Ecuador excepción a este instrumento internacional que nuestro propio país ratificó yendo el numeral 1° del Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal contra el señalado instrumento internacional.