



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

TÍTULO

**“VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ADN
INDIRECTAMENTE OBTENIDA FRENTE A LA OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA”.**

AUTOR:

Wilson Orlando Chamba Diaz

DIRECTOR:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2017

CERTIFICACIÓN

DR. AUGUSTO ASTUDILLO ONTANEDA. Mg. Sc.

**DIRECTOR DE TESIS DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIDAD
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.**

CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el trabajo de TESIS titulado **“VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ADN INDIRECTAMENTE OBTENIDA FRENTE A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”**. Realizado por el señor estudiante **Wilson Orlando Chamba Diaz**, y autorizo su presentación para la defensa y sustentación de tesis.

Loja, Mayo de 2017



DR. AUGUSTO ASTUDILLO ONTANEDA. Mg. Sc

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Wilson Orlando Chamba Diaz, declaro que soy el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

AUTOR: Wilson Orlando Chamba Diaz

FIRMA: 
.....

CEDULA: 110337192-6

FECHA: Loja, mayo de 2017

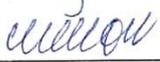
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Wilson Orlando Chamba Diaz, declaro ser autora de la tesis Titulada: **“VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ADN INDIRECTAMENTE OBTENIDA FRENTE A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”**. Como requisito para optar al título de *Abogado*; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los treinta días del mes de mayo del dos mil diecisiete.

Firma: 

Autor: Wilson Orlando Chamba Diaz

Cedula: 110337192-6

Dirección: Quito, Solanda, Calle Simon Hierro y Joaquin López

Correo Electrónico: wiorchd76@gmail.com

Teléfono: 0980069701

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis:

Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos	PRESIDENTE
Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez	VOCAL
Dr. Mg. Darwin Romeo Quiroz Castro	VOCAL

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación lo dedico a Dios, creador del cielo y de la tierra; a mi esposa y a mi familia que siempre están pendientes y apoyando mi porvenir; y a todos quienes de una u otra manera han aportado para la realización de éste trabajo.

Wilson Orlando

AGRADECIMIENTO

En primer lugar doy gracias a DIOS, Padre todo poderoso, por todo el apoyo y cuidado que tiene para con sus hijos; en segundo lugar, agradezco a mi esposa y a mi familia por velar constantemente por mi bienestar para que logre alcanzar todas las metas que me he propuesto; como de igual manera agradezco a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia y a todos sus integrantes, por guiarme en la formación académica.

Wilson Orlando

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. La prueba en materia penal

4.1.2. Prueba documental

4.1.3. Prueba testifical

4.1.4. Perito

4.1.5. Prueba pericial

4.1.6. Valoración de la prueba

4.1.7. Genoma humano y Derecho

4.1.8. Objeción de conciencia.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Evolución del descubrimiento y estudio del Genoma Humano.

4.2.2. Influencia en el Derecho

4.2.3. El ADN como Medio de Prueba en el Derecho

4.2.4. La prueba científica de ADN en el proceso penal.

4.2.5. La prueba en el derecho procesal ecuatoriano

4.2.6. La Carga de la Prueba.

4.2.7. Presunción de inocencia

4.2.8. Medios de Prueba.

4.2.9. Prueba obtenida indirectamente.

4.3. MARCO JURÍDICO	
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador	
4.3.2. Código Orgánico Integral Penal	
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA	
4.4.1. Estados Unidos	
4.4.2. Canadá.	
4.4.3. España.	
5. MATERIALES Y MÉTODOS	
5.1. Materiales utilizados	
5.2. Métodos	
5.2.1. Método exegético	
5.2.2. Método analítico	
5.2.3. Método sintético	
5.3. Procedimientos y técnicas	
5.3.1. Procedimientos	
5.3.2. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos	
6. RESULTADOS	
6.1. Procesamiento de datos.	
6.2. Análisis de resultados.	
7. DISCUSIÓN	
7.1. Verificación de objetivos	
7.2. Contrastación de hipótesis	
7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal	
8. CONCLUSIONES	
9. RECOMENDACIONES	
9.1. Propuesta de reforma jurídica	
10. BIBLIOGRAFÍA	
11. ANEXOS	
ÍNDICE	

1. TÍTULO

“VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ADN INDIRECTAMENTE
OBTENIDA FRENTE A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”.

2. RESUMEN

La prueba de ADN es uno de los medios de prueba científicos con mayor veracidad en la actualidad. En la investigación de delitos reúne una importancia sin límites contribuyendo a esclarecer en gran medida los hechos delictivos, sus autores y cómplices. Para ello el ordenamiento ecuatoriano debe ceder paso a la obtención indirecta de dicha prueba, cuando no se cuenta con el consentimiento de la persona involucrada, sin que ello signifique una violación de sus derechos fundamentales como la objeción de conciencia, la intimidad o la dignidad. Es objeto de esta investigación comprobar la importancia de una modificación a la normativa penal, y de esta manera contribuir a las técnicas y actuaciones de investigación.

2.1. ABSTRACT

The DNA testing is one of the means of scientific test with more truth today. In the investigation of crimes, brings boundless importance, contributing greatly to clarify the crimes, perpetrators and accomplices. For that reason, the Ecuadorian law must accept the indirect collection of such evidence when you do not have the consent of the person involved and it does not mean it is a violation of his fundamental rights how to the conscientious objection, the privacy or the integrity. The object of this research proves the importance of an amendment to the criminal law and thus to contribute to the techniques and research activities.

3. INTRODUCCIÓN

No existe unanimidad aun, en generalizar el uso de los registros de ADN como requisito esencial de identificación personal dentro de un marco de investigación por delitos penales, por lo que en la actualidad surgen problemas ético – legales en la investigación criminal por la obtención de pruebas biológicas (ADN). Problemas que están relacionados básicamente con la negativa del consentimiento por parte de la persona involucrada a donar una muestra biológica para el examen de ADN y poder comparar éste resultado con el análisis del indicio encontrado en el lugar de los hechos. Es decir la persona puede objetar que su religión lo prohíbe (objeción de conciencia) apelando al artículo 66 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador, o también el abogado defensor puede objetar un derecho fundamental como lo es el de presunción de inocencia, derecho a la integridad o a la intimidad personal.

Además, no se puede obligar a una persona dentro de una investigación penal a que done una muestra biológica para el examen de ADN, aunque el juez lo autorice, porque nuestra normativa legal no establece la obligatoriedad de dicho examen ni determina la obtención de una muestra biológica de manera indirecta, solamente exige el consentimiento expreso, lo que causa que el proceso penal se dilate.

Al no ser obligatorio el examen de ADN, o no poder tomar una muestra de forma indirecta, estamos frente a una problemática evidente por impedimento de la norma legal ya que en el Capítulo Segundo sobre Actuaciones y Técnicas Especiales de Investigación del COIP en el Art. 459 numeral 1 dice:

“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”¹.

Por otra parte; hasta en la actualidad, se manipula las muestras biológicas, encontradas en el lugar de los hechos, en base a un manual de procedimientos y no con la cobertura jurídica inexistente en nuestra legislación. Dicha muestra biológica posee incontable información relacionada con la intimidad de una persona, y de las unidas por un vínculo de sangre a ésta. Por consiguiente; debe haber una ley –como lo hay en otros países-, que dé cobertura jurídica a la recogida custodia y examen de aquellas muestras y no sean tratadas como un indicio cualquiera encontrado en el lugar de los hechos.

Los exámenes de ADN, debido a su gran confiabilidad, son cada vez empleados para fines indistintos, lo que ha llevado en varios lugares como España, Estados Unidos o Canadá no solo a realizar el examen de ADN de los delincuentes, sino que, al igual que lo ocurrido con las huellas digitales, a crear una base de datos a partir de una muestra biológica como requisito de identificación de cada persona involucrada en un proceso de investigación penal y que, esta información, pueda ser utilizada en casos posteriores para

¹ Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Ed. Ediciones Legales, Quito, 2014, Art. 549.

contribuir en la celeridad procesal, como también evitar situaciones polémicas al momento de sancionar un delito.

El presente, es un tema de mucha importancia, donde se planteará la controversia consistente en dilucidar si el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales tienen carácter absoluto y debe primar sobre el interés del Estado y la sociedad en el descubrimiento del delito, sus autores y cómplices y la sanción del mismo, o si por el contrario, debe primar este último interés sobre los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso penal.

Aceptar la primera posición impediría al Estado cumplir con el fin legítimo de descubrir y sancionar el delito y, por esta vía, estaría incumpliendo uno de los fines esenciales cual es el darle efectividad a los derechos fundamentales de las víctimas, puesto que está impedido de averiguar y castigar el delito, le está dando curso a la creación de condiciones para que los transgresores de la ley penal, amparados en la impunidad, siguieran vulnerando los derechos fundamentales de los demás miembros de la comunidad.

Adoptar la segunda, implicaría incurrir en el más acendrado absolutismo con el desconocimiento total de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y ante todo, a ser tratados con respeto a su dignidad de seres humanos.

Ante tal situación se impone el análisis de una posición intermedia, justificada, que se encuentra entre los dos extremos anteriores. Pues no cabe duda que la importancia de las pruebas de identificación humana a través del ADN que ha reemplazado a las pruebas tradicionales, constituyen una

herramienta cuyo empleo ha significado economía de tiempo y recursos para la justicia.

Es evidente la necesidad latente de modernizar y mejorar las leyes del país, a fin de lograr la justicia para aquellas personas que han sido afectadas por delitos tipificados y que al momento no pueden comprobar la culpabilidad de la persona investigada, por falta de mecanismos y métodos como el ADN que no son obligatorios, o no poder obtener una muestra biológica de manera indirecta en el proceso penal ante la negativa de dicho individuo, dejando así a una sociedad desamparada ante la vulneración de sus derechos y que a la postre se sientan defraudados y dejen de creer en la legislación nacional.

En conclusión, el presente trabajo con la ayuda de la doctrina sobre el tema, ilustrará de la mejor manera que nuestra legislación tiene que ir a la vanguardia de toda problemática en el campo penal, cubriendo todo procedimiento dentro del marco de los derechos humanos y a la vez, permitiendo al Estado investigar sobre los posibles autores y cómplices de un delito. Es así que, al final del presente, tendremos muy en claro como poder utilizar la información genética de la mejor manera posible, tratando de asegurar que los beneficios sean para la mayoría.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. La prueba en materia penal

En nuestro código orgánico integral penal, se han establecido ciertos parámetros para llegar a la verdad. En tal virtud tenemos que tener presente la definición de lo que es la “prueba”.

Según el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas, la prueba es “Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”².

Por otra parte el diccionario de la lengua española manifiesta que la prueba es la “Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”³.

4.1.2. Prueba documental

Según el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas es: “La que se realiza por medio de documentos privados, documentos públicos, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito”⁴. Es decir documentos que debemos presentar ante el juicio para su respectiva valoración.

Y de acuerdo al código orgánico integral penal, artículo 499, la prueba documental se regirá por las siguientes reglas:

² Cabanellas, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, 18ª.ed. – Buenos Aires, 2006, pp. 313.

³ Real Academia Española: “*Diccionario de la Real Academia Española*”. Ed. RAE, Madrid, 2014.

⁴ *Ibidem*.

- “1. No se obligará a la persona procesada a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario.
2. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio.
3. No se hará otro uso de la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso que el necesario para esclarecer los hechos y circunstancias materia del juicio y de sus posibles responsables.
4. Si los documentos forman parte de otro proceso o registro o si reposan en algún archivo público, se obtendrá copia certificada de ellos y no se agregará originales sino cuando sea indispensable para constancia del hecho. En este último caso, la copia quedará en dicho archivo, proceso o registro y satisfecha la necesidad se devolverán los originales, dejando la copia certificada en el proceso.
5. No se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguno de los datos que suministren los documentos si versan sobre asuntos que no tienen relación con el proceso.
6. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código”⁵.

Según el código orgánico general de procesos, en su artículo 193 establece:
“Prueba documental es todo documento público o privado que recoja, obtenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho”⁶

⁵ Asamblea Nacional: Código Orgánico Integral Penal, Quito, 2014, Art. 499

4.1.3. Prueba testifical

Según el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas, es “La que se hace por medio testigos, o sea, a través del interrogatorio y declaración verbal o escrita de personas que han presenciado los hechos litigiosos o han oído su relato a otros”⁷.

Según el código orgánico integral penal en su artículo 501 establece: “El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal.”

De acuerdo al artículo 174 del código orgánico general de procesos, sobre la prueba testimonial establece:

“Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y conainterrogatorio de contraparte.”⁸ (...).

4.1.4. Perito

“Es la persona que cuenta con una experiencia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio.”⁹ Según el artículo 511 del código orgánico integral penal, las y los peritos deberán: “Ser

⁶ Asamblea Nacional: Código Orgánico General de Procesos, Quito, 2015, Art. 193.

⁷ Cabanellas, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, 18ª.ed. – Buenos Aires, 2006, pp. 313.

⁸ Asamblea Nacional: Código Orgánico General de Procesos, Quito, 2015, Art. 174.

⁹ Duce, Mauricio. “La prueba pericial”, 1ª ed. Buenos Aires, 2013.

profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura.” Y de acuerdo al código orgánico general de procesos sobre lo que es un perito establece que:

“Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.”¹⁰

4.1.5. Prueba pericial

Según el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas es: “La que surge del dictamen de los peritos, personas llamadas a informar ante un tribunal por razón de sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal asesoramiento técnico o práctico del juzgador sobre los hechos litigiosos”¹¹.siempre y cuando sean acreditados por el Consejo de la Judicatura y demás reglas generales estipuladas en el artículo 511 del COIP.

4.1.6. Valoración de la prueba

Según la enciclopedia jurídica; valoración de la prueba es: “Actividad judicial para apreciar el grado de convencimiento acerca de la veracidad de los hechos objeto de prueba, o por la que se determina el valor que la ley, fija para algunos medios.”¹²

¹⁰ Asamblea Nacional: Código Orgánico General de Procesos, Quito, 2015, Art. 221.

¹¹ Cabanellas, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, 18ª.ed. – Buenos Aires, 2006, pp. 313.

¹² Enciclopedia Jurídica. Obtenido de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/valoracion-de-la-prueba/valoracion-de-la-prueba.htm>

De acuerdo a las definiciones precedentes, es decir a la definición de: prueba; prueba documental; prueba testifical; prueba pericial y valoración de la prueba, tenemos muy en claro en que consiste cada una de ellas. Ahora bien; la valoración de la prueba en nuestro país se supedita y se enmarca dentro del artículo 457 del COIP, que establece: “la valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales ...”. Así; la prueba que no reúna estas condiciones, carecerá de eficacia probatoria.

4.1.7. Genoma humano y Derecho

Hace casi más de un siglo, que era inconcebible pensar en influir siquiera en la genética más allá de la elección lógica de la pareja en la que nada tenían que ver los objetivos genéticos de selección científica.

Hoy en día gracias a lo que se conoce sobre el material genético o ADN y su aplicación en: la salud, el comercio, la agricultura, la botánica y hasta en la misma justicia, se puede decir que es considerablemente importante en la vida del ser humano.

Sería el profesor de Botánica alemán Hans Winkler quien en 1920 acuñaba el término de genoma¹³.

Según la Real Academia española el genoma es “el conjunto de genes contenidos en los cromosomas. Secuencia de nucleótidos que constituye el

¹³ Lederberg, Joshua; T. McCray, Alexa: “*A Genealogical Treasury of Words*”,. Ed. The Scientist, New York, 2007, pp. 15.

ADN de un individuo o de una especie” lo que se traduce como “la totalidad de la información genética que posee un organismo o una especie en particular”¹⁴.

Para Hernán Silva es: “a la totalidad del material genético de un organismo. El genoma humano tiene unos 20.000 o 25.000 genes distribuidos en los 23 pares de cromosomas de la célula. Un cromosoma humano puede contener más de 250 millones de pares de bases de Acido Desoxirribonucleico, y se estima que el genoma humano está compuesto por unos 3.000 millones de pares de bases”¹⁵.

En cambio, el gen, que a su vez compone en miles al genoma humano es al parecer de Harris: “la unidad de herencia, que determina la estructura de la cadena de péptidos, es decir, una hilera de aminoácidos que forman los ladrillos con que se construyen todas las enzimas y proteínas (...) cada célula contiene la información genética necesaria para hacer un ser humano completo”¹⁶.

El genoma humano es la información genética de todo individuo contenida en el ADN; la diferenciación de células, órganos y tejidos es única en cada individuo quien mediante la reproducción natural se trasmite a su descendencia en otra secuencia lógica y ordenada de esa información.

El Ácido Desoxirribonucleico o ADN es la molécula más pequeña dentro de la célula y contiene la información hereditaria de ascendientes que pasará a

¹⁴ Real Academia Española: “*Diccionario de la Real Academia Española*”. Ed. RAE, Madrid, 2014, pp. 356.

¹⁵ Silva, Hernán: “*Diccionario de términos médico-legales*”, Ed. Jurídico – Andina, Santiago de Chile, 2010, pp. 110,

¹⁶ Harris, J.: “*Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología Humana*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp.25.

los descendientes mediante la orden a la célula de que produzca proteínas para ellos y serán la parte de la cadena que contiene los genes, los responsables directo de características hereditarias conocidas como el color de los ojos, del cabello, grupo sanguíneo, entre otros. “El Ácido Desoxirribonucleico es una sustancia química que se encuentra en los cromosomas, contiene los genes que son responsables de la transmisión de los caracteres genéticos de padres a hijos...lo interesante del Ácido Desoxirribonucleico es que se puede extraer de cualquier parte de organismo”¹⁷.

La ciencia de la Genética conoce los orígenes, causas y consecuencias de la vida, estudia el genoma humano en su totalidad: “La Genética es una ciencia, y como tal, implica un conocimiento cierto de las cosas por sus principios y sus causas. La Genética estudia entonces la Herencia Biológica y la Variación”¹⁸.

La secuenciación del genoma consiste en identificar las funciones, existencia, la composición de los genes, que es lo que permite acceder a esa base de datos humana generacional. Gracias a ello ha sido posible la investigación de distintas enfermedades y la búsqueda de una cura asociadas directamente al genoma y la gran cantidad de información que aporta.

El ser humano era una especie en manos de la “casualidad” genética cuando no podía influir de ninguna manera en ella más que en la tradicional

¹⁷ Rosales, Cristina: “¿Derecho y Genética? Las nuevas tendencias en el Derecho Penal”. Revista del Colegio de Abogados de Loja. Periodo 28. No.2. Ed. Originales & Copias. Loja, 2006, pp.15.

¹⁸ Glick, B.: “*Biotecnología Molecular. Principios y aplicaciones*”, Ed. ASM, Washington, 2005, pp.22.

fase reproductiva. En la actualidad la realidad es muy distinta, donde el ser humano ha sido capaz de entender y acceder a toda esa información biológica y a la vez modificarla.

De ahí que el Derecho deba responsabilizarse de garantizar el uso adecuado de esa información, al alcance no de todas las personas y de manera tal que tutele el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los individuos.

Aunque la importancia de la información que guarda la molécula más pequeña del ser humano como el ADN, sea grande, única y especial; es indudable que la aplicación del derecho es inevitable con todos los ciudadanos y en especial dentro de un marco de investigación penal.

4.1.8. Objeción de conciencia.

La objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente regulado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Es el impedimento personal de cumplir una norma por ir contra las suya propia.

Para Escobar Roca es la “oposición al cumplimiento de un deber jurídico que, en una situación concreta resulta incompatible con las convicciones morales de una persona y esta convicción puede estar basada en motivos políticos, morales o religiosos.”¹⁹ Es decir; la persona se niega a acatar o someterse a determinada norma por entrar en contradicción con valores religiosos, morales, cuestiones de violencia, asociadas a la guerra, acogerse a determinado método de enseñanza, entre otras.

¹⁹ Escobar Roca, G.: *“La Objeción de Conciencia en la Constitución Española”*, ed. Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 39

Para Beltrán Aguirre es “el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones”²⁰.

Para algunos tratadistas como Dworkin el asunto consiste en el análisis de que una persona que considera que la ley es legítima le nace el deber de obedecerla.

La manera más fácil a su parecer de posibilitar el cumplimiento de la ley es su elaboración adecuada a principios y derechos fundamentales acorde con la realidad social existente tomando en cuenta principios básicos relacionados con los derechos individuales, las expectativas sociales y la estabilidad social²¹.

Para Raz la objeción de conciencia posibilita el escape de las personas ante ciertos actos que no son de su conveniencia ni van con sus intereses, aunque no la considera como acto de desobediencia civil sino más bien la inobservancia pura y simple de la norma en el cambio de esta por la colectividad en una sociedad determinada. La objeción de conciencia es un derecho que está sujeto a requisitos importantes a tener en cuenta tales como la preexistencia de una norma legal que entre en contradicción con la conciencia individual y su reclamo debe estar sustentado en la norma de mayor jerarquía.

En el criterio de Peces-Barba es “un derecho subjetivo o una inmunidad que supone una excepción a una obligación jurídica, que puede ser incluso,

²⁰ Beltrán Aguirre, J.L.: “*Una Propuesta de Regulación de la Objeción de Conciencia en el Ámbito de la Asistencia Sanitaria*”, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp.3

²¹ Dworkin, Ronald: “Tomando los derechos en serio”, Ed. Filsojux del derecho, México D.F., 2003, pp.123.

fundamental. Así, la objeción de conciencia, en sentido estricto, solo se produce cuando existe esa juridificación (norma legal que la ampare)²². Por otra parte para Colmenero García significa la libertad individual de comportamiento ante diferentes situaciones de la vida en coherencia con sus convicciones y la necesidad de oponerse a esas convicciones al acatar una norma, con lo que queda prioritariamente protegido en primer lugar el deber moral pues de lo contrario supone que “el individuo se estaría traicionando y siendo infiel a sí mismo, puesto que las convicciones de la persona forman parte de su más estricta intimidad”²³.

La objeción de conciencia debe estar regulada por ley en cuanto a requisitos y situaciones en que puede invocarse. Existen dos maneras de reconocimiento por el ordenamiento: una condicional y otra incondicional. La segunda se refiere a la declaración sencilla o simple del derecho de objeción de conciencia en la negativa de acatar una norma, algo que propone un estado de inseguridad jurídica sometido únicamente a la voluntad de la persona de no obedecer una ley que es válida y supone una situación de anarquía individual y absolutista de este derecho.

La primera forma de regulación es la condicional donde es la autoridad reconocida el efecto quien debe valorar las razones y convicciones del objeto, cuando dicha autoridad invoca el derecho en aras de considerar si procede o no y que parece aportar mayor seguridad jurídica y equilibrio entre interés

²² Peces-Barba, G.: “*Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 16.

²³ Colmenero García, M.D.: “La Objeción de Conciencia”, ed. Fundación Mariano Ruiz, Madrid, 2012, pp.3.

público y particular propiciando menos el abuso de la objeción de conciencia fraudulenta.

No puede estar asociada a un fin político de cambio en el ordenamiento porque entonces ya no perseguiría un fin individual o personal sino colectivo formulándose como un posible delito de desobediencia civil.

La importancia de este derecho es innegable pero su regulación no puede ser arbitraria ni confusa que cualquiera pueda acogerse a este derecho por el simple hecho de invocarlo ocultando su objeto fraudulento de evadir una norma en su propio beneficio.

La valoración de la admisibilidad de la objeción de conciencia ante determinada norma se hace imprescindible en pos de la búsqueda de la justicia y de aplicabilidad de la ley y como presupuesto de respeto a las libertades individuales en conjunto con el interés público: "La democracia no exige que sus ciudadanos dejen de creer en Dios, solo les pide que mantengan sus creencias encerradas en el espacio de su vida privada y toleren que las del vecino sean diferentes"²⁴.

En la Constitución ecuatoriana la objeción de conciencia está regulada en su artículo 66 apartado 12 pero siempre y cuando no vaya en perjuicio de otros derechos consagrados en el texto magno ni contra las personas.

Es este derecho el que invocan las personas para evitar la realización de la prueba de ADN dispuesta por el juez y como la legislación penal no prevé nada respecto de los supuestos de esa autorización judicial pues se acepta

²⁴ Todorov, T.: *Memoria del mal, tentación del bien: indagación sobre el siglo XX*, Ed. Península, Barcelona, 1998, pp. 120.

como justificación a la negativa de la prueba de ADN, expresando que la prueba de ADN atenta contra el derecho de objeción de conciencia.

Una muestra biológica, que tiene información íntima de una persona y de las unidas por un vínculo de sangre a ésta, al ser manipulada, se limitan los derechos de una persona, y por lo tanto se requerirá de cobertura legal y autorización de la o el juzgador conforme lo estipula el artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal, y así contribuir al interés público de persecución del delito y sus responsables, ya que no es un deber que el estado deba pasar por alto. La naturaleza del derecho de objeción de conciencia no obedece a que se pueda invocar contra la prueba de ADN la mayoría de las veces y es de considerar que sea el juzgador quien valore si se dan los requisitos para que sea posible interponer dicha excepción ante el examen del ADN.

En la actualidad, el Código Orgánico Integral Penal no establece la obligatoriedad de la prueba de ADN, sino más bien, establece que siempre se requerirá del consentimiento expreso de la persona, y en caso de haber resolución judicial, la negativa del consentimiento, dejaría en letra muerta dicha resolución; como también la persona investigada puede hacer uso de su derecho de objeción de conciencia, el mismo que puede estar sin fundamento y en perjuicio de la utilización de novedosa tecnología criminal, por lo que en el Derecho Penal es más que lógico que sea El juez, la máxima figura y autoridad en el proceso, basado en todos los principios y ética profesional que lo rigen, el que deba valorar el cumplimiento de tal excepción ante una negativa del acusado.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Evolución del descubrimiento y estudio del Genoma Humano.

Históricamente la pretensión de indagar sobre los orígenes de la herencia genética humana no es una noción del mundo moderno aunque con otra perspectiva social. Es conocido que las familias buscaban mantener el poder político mediante alianzas matrimoniales, por ejemplo, que garantizaban su estadía en el poder.

A principios del siglo XVIII los franceses Maupertuis y Reamur identificaron la polidactilia, una enfermedad asociada a un mayor número de dedos de los que normalmente tiene el ser humano en manos y pies. Para entonces se vislumbraba una leve asociación de problemas hereditarios a este tipo de condiciones al igual que la hemofilia (aunque está más asociada a la misma sangre), una enfermedad que golpeaba enormemente en la época y de la que padecieron muchos miembros de la monarquía. Pero todo ello sin ningún estudio o investigación organizada o dispuesta al respecto.

La ciencia de la genética surge como tal, en el año 1865 cuando el austriaco Gregor Johann Mendel, un monje dedicado a la Botánica ofreció leyes o principios rectores en el área y en aras de comprender el cruce de las especies pero no alcanzaba a comprender la complejidad del asunto más allá del cruce de arvejas diferentes en su jardín del convento²⁵. Sus estudios fueron abandonados luego que le promovieran dentro del Convento.

²⁵ Bishop, de Jerry E., Michael, Waldhol: "*Genoma*". Ed. Plaza y Janés. Madrid, 2008, pp.35.

Mendel se concentró en el cruce de especies de guisantes con distintas cualidades hereditarias, para determinar un patrón en los cruces y en la herencia genética en la descendencia. Fue así que logró aportar información sobre qué características hereditarias se debían a determinados “factores hereditarios”, los llamados genes.

Lo negativo de su estudio es que “no se preocupó en absoluto de la naturaleza física de estos elementos o su localización dentro del organismo”²⁶. Un fenómeno que permitiría entender muchos de los comportamientos genéticos de miles de enfermedades y de rasgos hereditarios previsibles y tratables gracias al mapeo genético actual.

Con el resurgimiento positivo de la botánica en 1900, tres científicos de distintas nacionalidades avanzaban sobre el conocimiento anticipado de la herencia así como sus consecuencias igualmente pronosticables.

El alemán Karl Correns, el francés Erich Von Tscemak y el holandés Hugo De Vries, basados en los estudios del monje Mendel concluyeron que la herencia no se trasmitía por sangre como se creía tradicionalmente, sino que la descendencia tenía rasgos diferenciadores en sus “células germinales” que le otorgaban características únicas y singulares.

Charles Darwin, reconocido como el autor de la archiconocida “Teoría de la Evolución” en 1868 creyó encontrar unas partículas denominadas Gemmulae" o "Pangene", una teoría que descartó el holandés De Vries y

²⁶ Karp, Gerald:” *Biología celular y molecular*”, Ed. McGraw Hill, México, 2011, pp. 389.

August Weismann, la mente detrás de la "Teoría Cromosómica de la Herencia"²⁷.

Hacia 1904 el científico estadounidense Walter Sutton entiende que es en el cromosoma donde se fundamentaba la herencia humana, contenida en el núcleo de las células, nombre que recibe por la coloración que recibían por parte de los científicos cuando necesitaban visualizarlas bajo el microscopio.

Gracias a los cromosomas de la mosca de la fruta el norteamericano Thomas Hunt Morgan, la comunidad científica de 1906 se interesó enormemente en los estudios biológicos y químicos de los "factores hereditarios", el centro de la información vital de todos los seres vivos.

Dichos factores hereditarios fueron bautizados como "genes" por el danés Wilhelm Johannsen al ser allí donde se conserva la información que se hereda y se trasmite, los orígenes mismos de la vida.

A principios del siglo XX aún la herencia se vinculaba a proteínas en lugar de al ADN, una molécula tan pequeña y sencilla que era imposible de concebirla como una fuente de información tan valiosa como la vida que hasta la segunda mitad del siglo XX no cobrarían la importancia que tienen en realidad.

Los norteamericanos Beadle y Tatum que los genes producían enzimas y proteínas pero no es hasta 1944 que O.T. Avery, C.M. Macleod y M.J. McCarthy demostraron que la sustancia producida por los genes era un ácido nucleico.

²⁷ Bishop, de Jerry E., Michael, Waldholz: "Genoma". Ed. Plaza y Janés. Madrid, 2008, pp.44

Es así que la comunidad científica desarrolló en menos de 10 años innumerables investigaciones y estudios en torno al ácido nucleico más completa, sistematizada y lograda que en 40 años de estudios aislados.

En Inglaterra con el experimento de Maurice Wilkins en 1950 a 1952 se vio la estructura del ADN, pero en 1953 los investigadores de Cambridge y ganadores por ello del Premio Nobel en 1962, James Watson y Francis Crick, usando los mismos procedimientos de Wilkins, plantaron las bases para los estudios de biología molecular en cuanto a la localización exacta de los genes, su multiplicación y vías de trasmisión de información contenida en ellos.

En la segunda mitad del siglo XX se desarrollaron procedimientos para separar los cromosomas en la célula hasta descubrir que los cromosomas humanos eran 23 pares para un total de 46.

Por la misma época se logró avances en el estudio de enfermedades como el síndrome de Down descubriendo que se tenían 47 cromosomas en lugar de 46. Asimismo en el Síndrome de Turner. Hacia 1966 ya se había descifrado íntegramente el código genético o ADN.

En 1967 M.Goulian, A.Kornberg y R.Sinsheimer replicaban artificialmente la sustancia del ADN, posteriormente a ellos los intentos por clonar o separar y unir trozos de segmentos de ADN fueron muy diversos y en 1978 A. Riggs y R. Crea logran la reproducción artificial de insulina.

De ahí en adelante la manipulación genética es ya una realidad asociada a los adelantos científico-técnicos. Desde la asistencia a la reproducción en parejas infértiles, la clonación de animales como la oveja Dolly, el entendimiento genético de enfermedades de igual naturaleza que posibilite su prevención o mejor tratamiento hasta la aplicación en personas discapacitadas.

La manipulación genética se ha puesto esencialmente al servicio de la salud siempre su utilización conlleve el mejoramiento cualitativo de la vida de las personas y no en detrimento de sus derechos humanos.

El Proyecto Genoma Humano (PGH) comenzaría su labor en 1984 con el fin de lograr cierta cooperación internacional en materia de genética. El Departamento de Energía de los Estados Unidos se interesó en la creación de un proyecto centrado en la secuenciación y mapeo genético por el impacto en la genética (mutaciones) como consecuencia de sus programas nucleares.

En abril del 2000 se presenta como logro del proyecto un borrador primero del 90% del genoma humano y que en 2001 se aceptaba con un 99.9% de confiabilidad hasta que en 2006 se propone la secuenciación completa.

4.2.2. Influencia en el Derecho

La manipulación genética y la consiguiente utilización de la información contenida en el genoma humano han generado controversia a favor y en contra de su aplicación siempre desde el punto de vista bioético de la cuestión y teniendo como premisa el mejoramiento de la calidad de vida humana.

El primer nexo de dichas controversias es el relativo a los derechos humanos y la posible incidencia en estos de la manipulación genética y el manejo de esa información.

Es indudable que los derechos humanos por su propia naturaleza son derechos susceptibles de regulación y protección legal.

Frente al avance imparable e innegable de la tecnología, la comunidad internacional ha llegado a consenso sobre la protección integral de los derechos humanos.

Los derechos humanos de tercera generación es el derecho al desarrollo científico y el progreso en el que tiene fundamento la manipulación genética, pero el derecho a la vida es el primer y más grande derecho universal de todos en los que se basan muchos detractores, sin considerar que cada cuando se trata de derechos humanos son absolutos frente a otro tipo de derechos pero limitados entre ellos mismos.

El documento más integral relativo a los derechos humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptado el 10 de diciembre de 1948 en París, que en conjunto con los Pactos internacionales de Derechos humanos y sus Protocolos, constituyen el acervo internacional que se ocupa de la protección integral de esos derechos como el derecho a la vida, a la intimidad, a la información, a la dignidad, a la educación, a la salud, entre otros. La Declaración es meramente declarativa por sí misma, aunque junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, se vuelve vinculante para los Estados que ratificaron dichos pactos.

En materia de bioética genética rige la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada el 11 de noviembre de 1997²⁸ en París, sin carácter vinculante, pero con un importante fundamento en el tema que posibilita a los países regular la manipulación genética garantizando la tutela de los derechos humanos, pero sin coartar la investigación científica relacionada.

²⁸ UNESCO: “*Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos*”, Ed. UNESCO, París, 1997, pp.1.

La Declaración pone de frente los derechos humanos frente a las investigaciones del campo genético, confluyendo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en prohibir la no discriminación genética o la selección genética donde se eligen las personas por sus cualidades genéticas consideradas “ideales” y defendiendo el derecho a la igualdad.

La titularidad del genoma humano no es de nadie en específico, sino que lo atribuye a la humanidad con el que no se puede lograr un fin pecuniario con ello, con lo que se entiende que de su explotación no se beneficia un particular sino todas las personas en el mundo y que la humanidad es el sujeto de derecho de quien se habla en materia de genética.

También se refiere a la autonomía voluntaria o consentimiento de participar en cualquier tratamiento o manipulación genética de sus genes en vinculación con el derecho a la libertad individual y de acceder a la información que sobre el individuo se obtenga:

“En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado. Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias”²⁹.

²⁹ UNESCO: “*Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos*”, Ed. UNESCO, París, 1997, pp.3.

Otro derecho fundamental es el de la confidencialidad de información manejada en cuanto la base de datos genética es considerada sensible y puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad.

De los daños y perjuicios que puedan producirse de la manipulación genética, la Declaración determina la necesidad de una indemnización y reparación del daño genético: “Toda persona tendrá derecho (...) a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma”³⁰.

Lo positivo de la Declaración es el equilibrio que ofrece en la protección de los derechos humanos más básicos y elementales frente a la necesidad de investigación y beneficios de la manipulación genética, regulada determinando que no todo “lo técnicamente posible es éticamente aceptable”³¹.

El derecho a la dignidad humana es un derecho universal de gran connotación en materia de genética, pues es a partir de él que se van a postular los enunciados legales de manipulación genética en franca protección del mismo y defiende el hecho de que “el genoma humano es la base (...) del reconocimiento de su dignidad intrínseca”³².

Otros derechos que aparecen asociados a la manipulación genética es el derecho a la integridad personal que desde el punto de vista genético se traduciría a la no modificación de su genética ascendente ni descendente sin su consentimiento (autonomía de la voluntad).

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Varsi Rospigliosi, Enrique: “*Efectivizando la protección del Genoma Humano, los Derechos Humanos y los Derechos del Niño. Cuadernos de Bioética*”, Ed. UNESCO, 2005, Lima, pp.374.

³² UNESCO: “*Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos*”, Ed. UNESCO, París, 1997, pp.3.

Aunque la Declaración establece la necesidad de que primen los derechos humanos sobre cualquier concepto, razonamiento u objetivo científico y siempre que se garanticen y protejan esos derechos, la ley podrá “limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”³³.

Con lo que el absolutismo de los derechos humanos más elementales no es entendido en el sentido arbitrario de considerarlos y anteponerlos en todo momento sin excepción, lo que pudiera coartar otros derechos y libertades que son fundamentales para el desarrollo de todo Estado en general.

4.2.3. El ADN como Medio de Prueba en el Derecho

En la época moderna el avance de la tecnología es reconocible e imparable y ha tenido un importante papel en la aparición de novedosos y efectivos medios de prueba como la dactiloscopia o recogida de huellas digitales conocidas por su singularidad en cada individuo, la balística en cuanto puede conocerse todos los detalles físicos del arma objeto del crimen, la trayectoria del disparo para indagar desde dónde se disparó, entre otras. Los progresos más novedosos e impactantes son en el plano de la tecnología molecular o ADN, que es utilizado como medio de prueba regulado por normas que creo que deben ampliar su contexto.

El Ácido Desoxirribonucleico o ADN es una sustancia química que se encuentra dentro de los cromosomas, una molécula extremadamente pequeña que constituye la herencia genética del individuo: “Es la plantilla molecular, un

³³ Ibídem, pp.5.

registro de instrucciones precisas almacenadas que definen todas las características hereditarias mostradas por un organismo”³⁴.

El ADN puede extraerse de cualquier parte del cuerpo humano ya sean uñas, piel, cabello, semen, sangre, saliva, entre muchos otros y resulta una sustancia invariable formando entre sí una especie de cadena.

La parte de la cadena de ADN correspondiente a los genes, es información ínfima, pequeña, comparado con todo lo que podemos saber del ADN y poco diverso pues todos pertenecemos a la raza humana.

La otra parte de la cadena de ADN es mucho más variable y puede haber segmentos del ADN de un individuo que le son muy específicos excepto en el caso de que sean gemelos univitelinos, monocigóticos o idénticos.

La prueba del ADN o análisis de ADN “es un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población” y que tiene un gran porcentaje de efectividad y prestigio a nivel internacional.

La ciencia de la Biología ha coadyuvado en la comprensión de la información genética en aras de lograr el mejoramiento pleno de la calidad humana evitando enfermedades, reproduciendo especies de animales y plantas que pudieran encontrarse en el futuro en peligro de extinción, entre otras, las aplicaciones son muchas.

Cuando la Biología y la ciencia jurídica coinciden en la individualización del ADN como medio de prueba científica dentro de un proceso judicial, se

³⁴ Karp, Gerald:” *Biología celular y molecular*”, Ed. McGraw Hill, México, 2011, pp. 397.

hace necesario una regulación legal de ello para considerarlo siquiera basada en principios y nociones del Derecho y no científicos. No obstante, la regulación de los medios de prueba y la consideración de nuevos medios probatorios han sido el objeto de análisis del Derecho que no puede estar al margen de los avances científicos técnicos que bien pudieran colaborar en el esclarecimiento de un delito penal.

El análisis de la prueba de ADN como medio de prueba se plantea por su naturaleza científica de la cual muchos dudarían por ser reconocido el hecho que los ordenamientos históricamente han preferido medios de pruebas tradicionales como las confesiones, testimonios, documentación, y un poco más reciente las pruebas de video y audio, otorgándoles una importancia sin paralelo a muchas de ellas que están basadas en experiencias y comportamientos humanos variables por su propia naturaleza.

La prueba del ADN al constituir una prueba científica no está basada en comportamientos ni experiencias humanas muy diversas y versátiles sino en principios científicos que gozan de gran prestigio y fundamento y con una elevada probabilidad de infalibilidad que bien podría influir positivamente en la decisión judicial probatoria en la conclusión del caso que sea.

La prueba de ADN es de naturaleza pericial en tanto su recogida y análisis es elaborado por expertos.

El área de la Genética Forense se encarga de la obtención y el análisis científico de la prueba de ADN y ha marcado un antes y un después en la resolución de casos judiciales.

Para Carracedo “la Genética forense consiste en el análisis del polimorfismo o variabilidad genética humana aplicada a los problemas

judiciales como (...) la investigación de la paternidad, criminalística e identificación (de cadáveres y personas desaparecidas)”³⁵.

El valor de la prueba de ADN resulta en la singularidad de su resultado, donde se puede identificar una persona independiente y separadamente de otros, individualizándola.

Gracias a la eficacia de sus resultados han contribuido al esclarecimiento de numerosos casos judiciales donde la consideración del resto de medios de prueba tradicionales no ha arrojado ningún resultado como en delitos sexuales, por ejemplo.

Por su particularidad y distinción ha sido llamada como huella genética y su aplicación es reconocida en procesos de filiación o reconocimiento de la paternidad con una fiabilidad de un 99,9% o de identificación de autores del delito cuando quedan muestras suyas en la escena del crimen en el análisis de pruebas biológicas como muestras de sangre, saliva, semen, cabello, entre otras que ya no son tan invasivas para la persona y la propician como medio de prueba judicial.

No obstante, la regulación de requisitos de recogida y análisis de la prueba de ADN de forma tal que garanticen la fiabilidad de la que goza se torna un tema importantísimo en cuanto servirá como medio de prueba válido en un proceso penal. Los cuidados en su manipulación deben ir en el sentido de preservar y salvaguardar la seguridad jurídica imprescindible en todo ordenamiento de Estado de derechos.

³⁵ Carracedo, Ángel: “*La huella genética*”, Ed. Fundación BBV, Bilbao, 2004, pp. 295.

Es más que justificado que sea la autoridad del Juez quien valore si la prueba de ADN ha sido obtenida en un proceso de calidad y fiabilidad por los peritos responsables de ello y también el grado de relación de los resultados de la prueba con el hecho principal y su valor.

La consideración en torno al ADN como medio de prueba también se discute en el plano de la tutela de los derechos fundamentales como la integridad personal, consentimiento, la dignidad, entre otros.

En la actualidad muchas de las pruebas de ADN no son invasivas, incluso una de las más tradicionales, la de sangre, ha sido considerada como una prueba que no atenta contra la dignidad ni la integridad personal por la Comisión Europea en su Resolución 8278 de 1978³⁶.

Es indudable que los avances científicos técnicos son de enorme utilidad para las ciencias jurídicas en su búsqueda incansable de la justicia, ajustada siempre a la regulación legal de todas las pruebas científicas que contribuyan en el proceso judicial como presupuesto de seguridad jurídica.

4.2.4. La prueba científica de ADN en el proceso penal.

En el derecho procesal penal, los medios de pruebas son las bases para probar la culpabilidad o la inocencia de un sospechoso. Los tradicionales medios de prueba han sido los testimoniales, documentales, confesiones.

Sin embargo, con el avance de la tecnología, los medios de prueba como el ADN han demostrado tener una eficacia incuestionable por su margen

³⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos: *Decisión 8278/1978*, Ed. CEDH, Estrasburgo, 1979, pp. 6.

mínimo de error. En procesos de filiación prácticamente es la prueba principal para demostrar la paternidad. En el ámbito del Derecho Penal es muy diferente la consideración pues está sujeta a criterios legales y judiciales de validez. Pero por supuesto cabe denotar la importancia de la prueba de ADN en la investigación criminal y la averiguación de la verdad, pero siempre sujeta a circunstancias de validez e interpretación correctas en el proceso penal.

La prueba de ADN no puede constituir por sí sola una prueba única y concluyente en el proceso de culpabilidad o inocencia del imputado, lo que sí es capaz de hacer es vincular a una persona con la escena del delito o en todo caso con la víctima e incluso es posible su práctica en personas ya fallecidas pues es estable y singular para cada una. La responsabilidad de los peritos expertos que se encargan de la recogida y análisis de la prueba de ADN viene dada por la necesidad legal de que esa prueba esté acorde a Derecho y su manipulación no puede dar lugar a confusión, equivocación o error por lo que la necesidad de certidumbre es imperante en el procedimiento.

Obviamente es la figura del juez en su función de máxima autoridad judicial quien debe darle la convicción adecuada a la prueba y valorar si ha sido practicada con todos los cuidados posibles, así como su relación directa o indirecta en el caso que sea.

El valor estadístico de la prueba es el primer elemento que debe valorar el juez en cuanto debe valorar si con el resultado de la prueba de ADN se confirma o no la sospecha inicial sobre el autor del delito. Ello se traduce en la comparación de muestras del lugar de los hechos con la de los sospechosos y en el porcentaje de coincidencia que pueda tener su ADN con el de la muestra, si es significativa o no para ser considerada como medio de prueba por el juez.

La existencia de otros indicios o medios de pruebas diferentes del ADN deberán ser tomados en cuenta por el juez en su juicio de hipótesis de inocencia o culpabilidad y hará un juicio de proporcionalidad en torno a ellos a fin de considerar o valorar en qué medida es incriminatoria la prueba de ADN.

Un ejemplo es cuando se encuentran muestras de ADN en el lugar de los hechos como cabellos lo que comprueba que el imputado estuvo en la escena del crimen, pero no aporta más información al respecto sobre su implicación en los hechos.

El elemento más importante y significativo de todo el proceso de valoración del juez de la prueba de ADN es el de la vinculación de la prueba obtenida con el lugar de los hechos en cuanto al peligro de otorgarle suficiencia absoluta a sin necesidad de ninguna otra. Un ejemplo claro es en el caso de violación donde la prueba de ADN por el semen encontrado en la víctima podría ser un indicio directo entre el sospechoso con el delito pero no absoluto en cuanto pueden tener lugar otros elementos de prueba asociados a su inocencia o culpabilidad.

La valoración judicial de la prueba de ADN en el proceso penal es clave y debe procederse con extrema cautela pues si bien la prueba científica del ADN ha demostrado ser una herramienta digna de beatificación jurídica, no es totalmente irrefutable ni puede considerarse la única prueba de consideración penal en detrimento de la inocencia del sospechoso sino que debe estar sujeta a requisitos legales y judiciales in extremis rigurosos y certeros que permitan la verificación válida de la culpabilidad y la interpretación oportuna y segura de sus resultados.

4.2.5. La prueba en el derecho procesal ecuatoriano

La prueba en el derecho procesal penal ecuatoriano es la consecuencia de las acciones investigativas que toma una de las partes que participa en el proceso, sea el fiscal o el defensor.

Las pruebas involucran una serie de etapas del proceso, dentro de las que sobresalen: “a) Fase de investigación, b) Fase de descubrimiento de las pruebas, c) Fase de ofrecimiento o anuncio de pruebas, d) Fase de presentación, e) Fase de valoración”³⁷.

La fase de investigación está a cargo del fiscal y lo que se pretende es encontrar los medios probatorios que permitan fundamentar la imputación, de tal forma que se puedan reconstruir los hechos de la misma forma en que ocurrieron y permita conocer la verdad. En esta fase colabora la policía judicial y los peritos asignados para el efecto.

La siguiente fase, la de descubrimiento es el resultado del trabajo minucioso realizado en la primera fase, no obstante, no es una fase oficial como la primera, en razón de que cualquiera de las partes involucradas puede descubrir a testigos claves o aspectos que pudieren proporcionar la evidencia necesaria para ser catalogada como una prueba sólida.

La fase de ofrecimiento o anuncio de pruebas está a cargo del proponente de las pruebas y está dada por la validez procesal que se provee a las pruebas, en virtud de que se hacen viables para ser dadas a conocer al sistema judicial y forman parte del proceso.

³⁷ Bravo, Rolando, “*La prueba en materia penal*”. Universidad de Cuenca: Cuenca, 2010, p. 17.

La fase de presentación se realiza en la audiencia oral y pública, en esta fase se valoran, acreditan e introducen al proceso ante el juez, quien las observará y realizará cualquier pregunta o acción que le permita conocer el contenido de las pruebas presentadas.

La fase de valoración corresponde a la etapa de juicio, en la cual el magistrado valora en su conjunto todas las pruebas presentadas, utiliza su capacidad crítica para decidir, no obstante, hay que aclarar que:

“en todas las fases mencionadas referentes a las pruebas penales, se deben aplicar los principios de publicidad, inmediación y contradicción. En virtud de los principios de publicidad y contradicción las partes tienen la libertad y garantía de presentar o rebatir las pruebas del adversario, en virtud del principio de inmediación el juez está presente y tiene poder de decisión y dirección en todas las fases en las que aparecen las pruebas penales”³⁸.

En el ordenamiento ecuatoriano la obtención de la prueba de ADN es posible cuando prevé la prueba pericial como medio de prueba. La prueba de ADN es una prueba eminentemente científica basada en principios periciales y científicos y de valoración de la prueba, esto último establecido en el COIP a partir del artículo 511.

En el COIP, la prueba pericial está sujeta primeramente al personal especializado que la realiza los que deben tener amplios conocimientos y experiencia en el área.

³⁸ Ibídem, pp. 18.

4.2.6. La Carga de la Prueba.

En derecho procesal se define como la carga de prueba a “la regla de decisión o de juicio que permite al juez resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente”³⁹.

En otras palabras, se refiere:

“en primer término en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio”⁴⁰.

Una de las garantías más importantes del proceso es precisamente la salvaguarda de los derechos humanos y la presunción de inocencia y es por ello que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora en el proceso penal y no al procesado.

La carga de la prueba es para: “(...) quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales (y) radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal se prueba. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo. Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el

³⁹ Gómez, P. “Carga de la prueba”. Leciv. Strasburgo, 2001, p. 12.

⁴⁰ Couture, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal”, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1964, p. 36.

trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema)”⁴¹.

Para Luigi Ferrajoli determina que es el juez:

“(…) un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”⁴².

La carga de la prueba corresponde a la imperiosa necesidad de las partes de probar los hechos que se narran o se pretenden asociar a determinada persona en el proceso y que finalicen con la convicción del juzgador sobre la teoría del caso que sea.

Para la Fiscalía supone la máxima obligación pues es ella quien se ocupa de la investigación principal y acusación en el proceso y es quien tiene a su cargo dicha convicción del juez en lo que propone para el procesado como responsable supuesto de los hechos.

Según el artículo 442 del COIP, la Fiscalía es el órgano autónomo encargado de las investigaciones criminales y demás asociados al proceso penal investigativo pero es criterio de esta ley penal que la carga de la prueba es compartida según el artículo 5 apartado 13 del COIP: “los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se

⁴¹ Wilson Merino Sánchez, “*Constitucionalización del Proceso Penal Ecuatoriano*”, Revista Ensayos Penales, No. 1, Quito, febrero 2013, pp. 54.

Ferrajoli, L., “*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*”, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 564.

crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra”.

4.2.7. Presunción de inocencia

Es un principio legal que ampara la inocencia de toda persona como punto de partida. Por lo tanto se entiende como presunción a la:

“consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, o bien, la conjetura o indicio que sacamos ya del modo como ordinariamente se conducen los hombres, o ya de las leyes comunes de la naturaleza; por manera que la presunción viene a ser la consecuencia que la ley o el magistrado deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido o incierto. Hay pues dos especies de presunciones: una determinada por la ley, por lo cual se llama legal o de derecho; y otra formada por el juez de las circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina, y se llama judicial o presunción de hombre”⁴³.

En otras palabras, se llama presunción al hecho cierto que es conocido y demostrable, a través del cual se toma en cuenta un determinado acontecimiento que se entiende probado por el hecho de que se dan presupuestos para el efecto.

Las presunciones legales están determinadas por la ley y pueden ser desvirtuadas a través de la comprobación de la no existencia del hecho que se

⁴³ Fermín, Pedro. *“Instituciones de derecho práctico ecuatoriano”*. Ed. Huérfanos de Valencia: Quito, 1867, p. 116.

supone, se exceptúa cuando la misma ley se expresa sobre ellas como presunción de derecho, en tal caso, no se acepta ninguna prueba en contra.

Las presunciones judiciales están dadas por la deducción a la que llega el juez a través de su sana crítica, éstas pueden ser graves, precisas, concordantes y fundamentales a través de las pruebas que se aportan en una causa. Se consideran graves cuando pueden existir hechos probados que confirman la sospecha; precisas, por cuanto los hechos y la sospecha conducen a una misma conclusión; y, concordantes, porque debe existir una concordancia entre el hecho acusado y los indicios aportados⁴⁴.

En el Ecuador la Carta Magna es la norma jurídica suprema, después de ésta se ubican los tratados y convenios internacionales. En cuanto a la presunción de inocencia, ésta se acoge a lo dispuesto en el Acta de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, en cuyo artículo 8.2 señala: “toda persona inculpada de delito tiene el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”⁴⁵.

La inocencia de toda persona se presume siempre que no haya habido sentencia ejecutoriada disponiendo lo contrario y es uno de los elementos más importantes en todo Estado de Derecho.

⁴⁴ López, Jesús. “Presunción de inocencia”. Tomado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/06/21/pr-esuncion-de-inocencia>

⁴⁵ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969.

Según el artículo 77 de la norma constitucional, es obligación del juez considerarla de inicio en el proceso.

Según Maier no se debe a la consideración rotunda sobre su inocencia o la negativa general de que no haya estado vinculado a los hechos procesados sino que:

“Su significado consiste, en cambio en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente, sin importar para ello, el hecho de que sea, realmente, culpable o inocente por el hecho que se le atribuye [...] el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara”⁴⁶.

En el COIP viene determinada en el artículo 5 apartado 4 donde “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”⁴⁷.

4.2.8. Medios de Prueba.

El medio de prueba es el camino establecido legalmente para poder llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y establecerse al responsable de los mismos. “es un concepto jurídico y absolutamente procesal, que alude a la actividad necesaria para incorporar las fuentes de prueba al proceso”⁴⁸. Es decir que se trata de los instrumentos que utilizan los actores del proceso para hacer válido el mismo y confirmar los hechos alegados. Los

⁴⁶ Bermúdez Coronel, E.: “*Debido Proceso*”, Ed. Pro Justicia, Quito, 2001, pp.42.

⁴⁷ Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, Ed. Ediciones Legales, Quito, 2014, Art. 5.4.

⁴⁸ García, José. “¿Qué es la prueba?”. Tomado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/10/09/qu-e-es-la-prueba>

medios de prueba, según el artículo 498 del COIP son: “el documento, el testimonio y la pericia.”⁴⁹ A través de los cuales se puede llegar a cumplir con la finalidad de la prueba.

4.2.9. Prueba obtenida indirectamente.

La prueba indirecta ha sido catalogada por algunos como un medio de prueba dudoso y con escasa validez probatoria frente a la prueba directa, ya que la prueba indirecta necesita enlazar una inferencia que proyectará el hecho que se pretende probar; mientras que la prueba directa no necesita que raciocinio alguno abone a la formación de lo que proyecta, ya que presenta un cuadro fáctico integral de información sobre el hecho. Es decir, que la importancia tradicional que presenta la prueba directa se debe a que el juzgador no debe valorar indirectamente los hechos ni razonar sobre su validez en el proceso, sino que plantea la existencia de los hechos llevando al juzgador a una convicción directa y fidedigna sobre el acto principal que se juzga.

La prueba indirecta en cambio aporta menos convicción según los tratadistas convencionales pues ofrece información secundaria y con un elevado índice de raciocinio por parte del juzgador en la valoración de su validez y la importancia o trascendencia que tenga para el proceso.

Igualmente según la doctrina, la diferencia elemental es que la prueba directa se pone directamente a valoración del juez en el proceso, a su inspección y reconocimiento inmediato, mientras que en la indirecta generalmente viene asociada a testimonios.

⁴⁹ Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, Ed. Ediciones Legales, Quito, 2014, Art. 498.

Según el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas: la prueba directa es la consistente en medios de convicción relacionados de manera precisa con el hecho controvertido; y, la prueba indirecta es la constituida por simples inducciones o consecuencias derivadas de un hecho conocido, que llegan a establecer el hecho pendiente de prueba. No es sino la prueba indiciaria.

Ante tal situación; y tomando en cuenta lo estipulado en el artículo 453 del COIP; creo que la prueba directa es la obtenida a través de un medio establecido legalmente y que establece irrefutablemente los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada; mientras que la prueba indirecta es la que necesita de un medio no previsto para llegar a un fin u objetivo.

La prueba de ADN podría constituir una prueba directa o indirecta según la valoración del juzgador en la incidencia y significación de esta prueba en el proceso. En caso de delito de violación, por ejemplo, la coincidencia de ADN encontrado en la víctima con la del procesado podría ser prueba directa de su relación con los hechos, pero un cabello encontrado en el lugar de un delito de asesinato, por sí solo, probaría la presencia en algún momento del sospechoso, pero no su implicación directa o culpabilidad en los hechos.

Ahora bien; la obtención directa de la prueba se refiere a la necesidad de consentimiento del sospechoso para la prueba de ADN, que es un elemento garantista de sus derechos fundamentales acorde al ordenamiento ecuatoriano. Su negativa a la prueba por cualquier motivo razonado en la ley haría ilícita la prueba de ADN obtenida sin su voluntad o cooperación. De lo contrario se entiende que sin el consentimiento la prueba del ADN se convierte en una

prueba ilícita, imposible de realizar a pesar de la importancia que presenta en el proceso penal en la actualidad y a pesar de que dicha prueba ya cuenta con métodos poco invasivos para el individuo. Pero el respeto absoluto e irrestricto a los derechos fundamentales de intimidad, integridad, conciencia y otros obstaculiza la obtención directa de tan novedosa y significativa prueba en el proceso penal.

La obtención indirecta de la prueba de ADN se hace imprescindible, como parte del proceso, hacerla lícita y aceptable para el juzgador, con todas las garantías procesales. Para lo cual, su inserción en el proceso penal como prueba válida significa que el juez deberá valorarla en base a principios como el de proporcionalidad y sana crítica apoyándose en las opiniones de los peritos quienes solo ofrecen testimonios especializados auxiliando la labor del juez en la búsqueda de la verdad.

Diversos ordenamientos como el español, plantean la obligatoriedad en la obtención de la prueba de ADN, siempre que existan razones debidamente motivadas y fundamentadas para su realización, bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y adecuación. Dicha obligatoriedad para que sea válida requiere de autorización judicial cuando no se preste el consentimiento por la persona investigada. Es decir, se emplea la fuerza coactiva mínima como lo establece la Ley de Enjuiciamiento criminal, que en su artículo 520, numeral 6, literal c, textualmente dice: “c)... Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la

ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.”

Por otra parte, Álvarez de Neyra plantea la validez de la prueba de ADN obtenida de muestras biológicas abandonadas: “Para el supuesto en que fuera acordada por la autoridad judicial la práctica de este tipo de pruebas y el sujeto se negara a facilitar la muestra, entiende la doctrina que la obtención subrepticia de aquella, sin el conocimiento ni el consentimiento informado del imputado (pero sin su colaboración directa ni el uso de la fuerza coactiva) sería plenamente válida”⁵⁰.

A decir de Moreno Verdejo se torna un asunto difícil y complicado la obtención directa de la prueba cuando no media consentimiento del procesado en la valoración judicial⁵¹. De ahí la importancia de que se tome en cuenta por el juzgador en qué circunstancias garantistas de los derechos fundamentales del procesado fue obtenido el ADN.

La obtención directa de la prueba supone dos interrogantes. La primera es si una vez negado el consentimiento del acusado a realizarla, cómo se puede compelerle a hacerla sin la utilización de la fuerza coactiva para ello. La otra interrogante se desliga de su negativa de negarse a cooperar en la obtención de la prueba y cuáles serían las consecuencias de su actuar en el proceso. Obviamente la recogida directa de ADN del acusado ofrece mayor

⁵⁰ Álvarez de Neyra, Susana: “*El consentimiento en la toma de muestras de ADN*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 60.

⁵¹ Casado, María; Guillén, Margarita: “*ADN forense: problemas éticos y jurídicos*”, Ed. Universitat Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 103.

seguridad y confianza para el juzgador si se obtiene de su persona y no de objetos personales.

Para Almenar Berenguer es posible la fuerza coactiva siempre que se cumplan los requisitos de: “(...) falta de consentimiento, que la diligencia no ponga en peligro la vida o la salud del imputado y su práctica, efectuada por un técnico habilitado, se realice con el máximo respeto a la dignidad de aquel (...) exige que la medida limitativa de derecho fundamental esté prevista por ley, que sea idónea, necesaria, proporcionada y adoptada por resolución judicial especialmente motivada”⁵².

La doctrina no es propensa a aceptar el uso de la fuerza sobre el procesado, pero sí de configurar su negativa como una agravante en el proceso penal e incluso con resultados negativos para el procesado. Con lo que la utilización de medios coactivos afecta los derechos fundamentales de integridad, conciencia, intimidad, libertad, entre otros, y es imposible de considerar como alternativa ante su negativa.

Tal parece que la solución a la negativa de la persona investigada para posibilitar la obtención directa de la prueba de ADN es el de valorar la prueba biológica de ADN obtenida de muestras biológicas abandonadas; es decir valorar la obtención indirecta de la prueba de ADN; ya que la coacción esta en detrimento de sus derechos. La negativa pudiera tomarse como: elemento agravante de culpabilidad o un indicio en contra de su presunción de inocencia.

⁵² Álvarez de Neyra, Susana: “*El consentimiento en la toma de muestras de ADN*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 66.

Pero si bien; dicho indicio, no puede ser concluyente pero sí susceptible de considerar por el juez.

Para otros tratadistas la negativa pudiera considerarse como un delito de desobediencia o desacato a la autoridad.

García Moreno comenta que: “la negativa del sospechoso a someterse a los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal ordenados por la autoridad judicial (...) y siempre que la obtención de muestras biológicas resulte ajustada a presupuestos de fin constitucionalmente legítimo, exigencia de la legalidad, jurisdiccionalidad, motivación de la resolución judicial y proporcionalidad y a las exigencias de la norma habilitante será constitutiva de delito de desobediencia a la autoridad judicial”⁵³.

La negativa del acusado a lo dispuesto por resolución judicial es valorada en la doctrina como una falta de solidaridad y cooperación con el sistema de administración de justicia⁵⁴.

La aceptación de valorar la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida, es decir de muestras biológicas abandonadas; como también considerar un indicio, la negativa del procesado a realizarse la prueba de ADN, en perjuicio de su persona y por ende configurarlo como delito de desobediencia a la autoridad judicial, parece más plausible que la utilización de la fuerza coactiva respecto de la frontera y limitación visible que representan los derechos fundamentales.

⁵³ Ídem, pp. 73.

⁵⁴ Rivero Hernández, F.: *"La presunción de la paternidad legítima"*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp.537.

También se justifica por la idea de presumir que quien oculta algo en la averiguación de la verdad es porque de alguna manera está implicado en los hechos procesados.

No cabe duda que si bien en una investigación penal, están inmersos derechos personales como el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia, derecho de objeción de conciencia- en este caso particular de negarse a someterse a pruebas bilógicas-, derecho al silencio, entre otros. Y por ende; no significa que por ello no se tome en cuenta la negativa como un indicio de culpabilidad no concluyente y que en conjunto con otras pruebas contribuirán a la convicción del magistrado en su sentido de indagación constante y fiel de la verdad.

La realización de la prueba de ADN de manera indirecta o sea sin el consentimiento de la persona, no es posible ni previsible en el ordenamiento ecuatoriano. En el artículo 459 apartado 1 del COIP solo establece como requisito elemental el consentimiento de la persona en la obtención de muestras o autorización judicial, pero dicha autorización queda en letra muerta cuando no establece en que supuesto puede proceder ni como obligar a la persona a realizarse el examen.

4.3. MARCO JURÍDICO

Tomando en cuenta lo ilustrado en el marco conceptual y doctrinario que preceden sobre las variables de estudio del presente trabajo de investigación, y al tratarse sobre un tema de derecho, es muy importante establecer el marco legal, el mismo que guía las acciones y omisiones con respecto a este tema. A continuación se transcribe las normas en orden jerárquico, es decir primeramente las normas constitucionales de nuestro país y luego las normas que regulan las actividades en los diferentes campos como el penal que es el centro de análisis en éste trabajo.

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.(...).

Art. 25.- Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

c. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

d. La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos. (...).

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia. (...).

12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar. (...).

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o

autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley.

Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la

presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.

No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se

consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. (...).

Art. 92.- Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá

estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. (...).

Art. 194.- La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar

mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal

Art. 5.- (...).

21. En el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

Art. 184.- La persona que, empleando violencia, impida a uno o más individuos profesar cualquier culto, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Art. 282.- La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La o el servidor militar o policial que se niegue a obedecer o no cumpla las órdenes o resoluciones legítimas de autoridad competente, siempre que al hecho no le corresponda una pena privativa de libertad superior con arreglo a las disposiciones de este Código, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se aplicará el máximo de la pena prevista en el inciso segundo de este artículo, cuando la o el servidor militar o policial desobedezca o se resista a cumplir requerimientos legítimos de la Policía, en su función de agentes de autoridad y auxiliares de la Fiscalía General del Estado.

Art. 453.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

Art. 459.- 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. (...).

Art. 498.- Los medios de prueba son:

1. El documento
2. El testimonio
3. La pericia

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Estados Unidos

En abril de 2015, el reconocido diario norteamericano Washington Post daba a conocer que en los últimos 20 años del siglo XX, el FBI en conjunto con el Departamento de Justicia logró comprobar la inocencia de personas que fueron inculpadas por delitos que no cometieron y donde no existía la prueba de ADN. De 268 casos, unos 32 estaban sentenciados a pena de muerte y unos 14 ya habían sido ejecutados.⁵⁵

En el informe del FBI se precisaba que se habían abierto todos los casos de esos años en aras de comprobar los hechos y su vinculación a los imputados mediante la realización posible de pruebas de ADN, lo que da a entender que las autoridades policiales y de justicia estadounidenses le dan una importancia a la prueba en la resolución de delitos sin precedentes, disminuyendo los márgenes de equivocación en gran medida.

El sistema judicial norteamericano fue a la vanguardia en la valoración de la prueba respecto de su licitud en el proceso penal. La Corte Suprema de ese país creó la regla jurisprudencial que las fuentes de prueba son válidas en el proceso penal siempre que no hayan sido obtenidas por fuerza coactiva, personas no autorizadas para su recopilación o hayan violado derechos y garantías constitucionales y procesales reconocidas en la Enmienda de la Cuarta a la Sexta y la Décimocuarta de la Constitución, menos en detrimento de la inocencia del procesado.

⁵⁵ Cossio, José. R.: *“Responsabilidad penal y prueba científica”*, La prensa de reynosa, México D.F., 12 de mayo de 2015. Tomado de: https://issuu.com/prensa.mx/docs/la_prensa_de_reynosa_12052015

La regla anterior surge del precedente judicial Weeks Vs. Estados Unidos pero solo afectaba a los tribunales federales y no es hasta 1961 que se haría extensiva a los tribunales estatales con el caso Mapp. Vs. Ohio proponiéndola como presupuesto de *due process of law* o principio de debido proceso.

Este principio sobre admisibilidad de las pruebas cabe aclarar que solo es aplicable a aquellas pruebas obtenidas por autoridad o funcionario públicos, sin que signifique que no pueda hacer uso de pruebas obtenidas por otros entes.

En Estados Unidos uno de los casos más importantes en materia de admisibilidad de prueba científica en el proceso es el de Daubert v. Merrel Dow Farmacéuticas Inc. de 1993, donde se determinaron los criterios generales de: “a) la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se basa la prueba; b) la determinación del porcentaje de error, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada; c) la existencia de un control ejercido por expertos a través de la peer review o revisión por pares en las revistas científicas con impacto; d) la existencia de un consenso general en la comunidad científica de referencia”⁵⁶.

La importancia de establecer criterios de admisibilidad de pruebas científicas viene dada por estandarizar la valoración de los jueces en su consideración y de su adecuación a principios fundamentales, procesales, judiciales para su utilización en el proceso penal.

⁵⁶ De Luca, Stefano; Cameriere, Roberto; Navarro, Fernando: “*La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 19-20.

A finales de 1980 el sistema judicial norteamericano se vio en una encrucijada significativa en materia de admisibilidad de pruebas de ADN. Con el reconocimiento de la prueba de ADN y su fiabilidad y novedad en la resolución de casos criminales, se comprobó que no se poseía regulación al respecto ni criterios uniformes sobre su manejo por peritos y su utilización no solo para procesos criminales en aras de demostrar culpabilidad sino de reevaluación de casos antiguos donde las pruebas de ADN demostraban inocencia de los imputados. A partir de entonces el sistema norteamericano acoge la prueba de ADN como la reina de las pruebas en el proceso penal, *the gold standard* o el estándar de oro⁵⁷ de las pruebas concediéndole una importancia única e irrefutable, aunque hoy en día se ponen bajo el microscopio cuando a la contaminación de las muestras puede ser un riesgo a evitar de considerable trascendencia.

El derecho americano respecto de la prueba de evidencia descansa sobre dos elementos muy importantes, la relevancia de la prueba y su admisibilidad.

La relevancia de la evidencia es en los casos que tienda “a que la existencia de un hecho consecuente para la determinación de una acción, sea más probable o menos probable de lo que sería sin ella” y su admisibilidad es posible si la prueba es relevante, o sea es presupuesto de aquella, con la excepción de que exista un “peligro de prejuicio injusto, confusión, demora o

⁵⁷ *Ibidem*, pp.35.

inutilidad”⁵⁸. De lo anterior se colige que la prueba de ADN es admisible siempre que cumpla los requisitos anteriores.

Desde 1994 con el Acto de identificación de ADN o *DNA Fingerprint Act* se autoriza una base de datos de ADN sobre convictos, arrestados, sospechosos, personas desaparecidas, entre otros donde se establecía la necesidad de contar con laboratorios criminalísticos, seguros y confiables, así como los requisitos para insertar datos, mantenerlos o acceder a ellos:

“(…) permite la divulgación de las muestras de ADN almacenados y los análisis de ADN solamente- (A) a las agencias de justicia criminal para fines de identificación de orden público; (B) en los procesos judiciales , en caso contrario admisible conforme a los estatutos o reglamentos aplicables ; (C) con fines de defensa criminal , a un acusado , quien tendrá acceso a las muestras y los análisis realizados en relación con el caso en el que se carga como parte demandada ; o (D) si se elimina la información de identificación personal , para una base de datos de estadísticas de población , con fines de investigación la identificación y desarrollo de protocolo , o con fines de control de calidad”⁵⁹.

Es con el CODIS que no solo que se logra la captura de criminales en Estados Unidos sino que también se liberan personas que han sido injustamente condenadas en ausencia de la prueba de ADN.

Sin embargo, la polémica en torno a la obtención indirecta de la prueba de ADN es latente en un país tan grande como diverso como lo es Estados

⁵⁸ Muñoz Neira, O.: “*El ADN como prueba científica en el derecho estadounidense a la luz del caso O.J. Simpson*”, Revista Derecho Penal No. 30, Bogotá, Enero-Marzo, 2010, pp. 48.

⁵⁹ Otín del Castillo, J.M.: “*Psicología criminal*”. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pp.191.

Unidos, en el caso Estados Unidos vs. Mitchell de 1999 se debate sobre la constitucionalidad de una resolución judicial de orden de obtención directa de ADN, o sea la prueba de ADN de sangre o saliva sin consentimiento del procesado para luego insertarla en un banco de datos biológicos.

Para el tribunal norteamericano la negativa de Mitchell de someterse a una prueba de ADN significa un indicio claro de culpabilidad e interpretó su silencio contra toda presunción de inocencia.

La Corte Federal de Pensilvania entendió inconstitucional la resolución judicial por razones de Cuarta Enmienda donde el individuo tiene derecho a no someterse a pesquisas de este tipo, tampoco era posible el almacenamiento de sus datos biológicos sin su consentimiento cuando no es sancionada por la comisión de un delito en relación a su derecho a la privacidad.

El tribunal norteamericano valoró la necesidad de compeler al acusado a una prueba de ADN cuando con otras pruebas presentes menos invasivas serían suficiente su identificación para la vinculación a los hechos tales como una fotografía aportada o huellas dactilares existentes.

Con todo ello declaraba inconstitucional el *DNA Fingerprint Act* que establecía la recogida de datos biológicos de ADN aun cuando la persona no fuera condenada por atentar deliberadamente contra el derecho a la privacidad y al intimidad de la persona.

Las ventajas de un sistema de datos de ADN son muchas entre ellas la compatibilidad y trabajo conjunto con otros laboratorios, el intercambio de información a nivel nacional, el criterio armonizado de recepción y mantenimiento de datos de ADN, la confidencialidad de la información, el manejo exclusivo de autorizados por ley como el propio FBI, máximo ente de

control e la base de datos o CODIS son solo algunas de las ventajas que implica el manejo de la información de ADN como forma de descubrimiento de la verdad en el proceso penal. Por supuesto no cabe dudas que la valoración de la prueba de ADN debe estar sujeta a regulaciones legales muy precisas y detalladas. La obtención directa de la prueba debe ser excepcionalmente legislada pero innegablemente es significativo el aporte de la prueba al proceso con lo que no debe quedar vedado de su uso el legislador en caso de negativa del acusado.

4.4.2. Canadá.

El sistema canadiense penal aprecia la obtención de la prueba de ADN muy similar a los Estados Unidos, especialmente la obtención indirecta de la prueba. El consentimiento del procesado no es imprescindible y se admite la obtención indirecta de la prueba siempre que se motive por resolución judicial. En delitos de gravedad como el asesinato, delitos sexuales, pornografía infantil, organización criminal y asalto agravado es imprescindible que el juez disponga una prueba de ADN aun sin el consentimiento del detenido con la excepción de que el procesado puede demostrar que su derecho fundamental a la privacidad se ve gravemente afectado y que prevalezca por encima del interés público perseguido en el proceso penal de búsqueda de la justicia.

El juez valora si existen razones de peso para otorgar la orden judicial cuando considere que:

1. Ha tenido lugar un hecho delictivo,
2. Una sustancia de carácter biológica ha sido encontrada en el lugar de los hechos, en la víctima o cualesquiera de sus pertenencias, en personas asociadas o vinculadas a la comisión del delito,

3. El análisis de ADN ofrecerá resultados esclarecedores en relación al lugar de los hechos, de la víctima o cualquier otra persona relacionada siempre que con ellos y en el mejor interés de la justicia⁶⁰.

El 10 de diciembre de 1998 se aprueba la primera Ley para la identificación por huella genética pero no es hasta junio del 2000 que Canadá cuenta con su primer y oficial Banco Nacional de Datos de ADN (NDDDB por sus siglas en inglés *National DNA Data Bank*).

El NDBB se crea en aras de lograr la identificación de sospechosos, incluso en aquellos crímenes que permanecen sin autor del delito, la eliminación por decantación de sospechosos en la escena del crimen. Sus perfiles se orientan a la identificación del sospechoso y del lugar de los hechos.

El NDDDB cuenta con protocolos estrictos de confidencialidad de la información en respeto al derecho a la privacidad de la persona y los datos que contiene solo pueden utilizarse con fines policiales o investigativos en el proceso y solo el género es contenido en las fichas de datos sin que se vea reflejada ninguna información médica o física de la persona⁶¹.

La Ley de Identificación por ADN canadiense, quien creó el NDDDB, establece la utilización de la información contenida en el banco de datos solo bajo los requisitos que establece la ley y con el fin último de perseguir la justicia y no se comparte con ninguna otra autoridad. Las técnicas forenses que se utilizan están en congruencia con las estadounidenses.

⁶⁰ Parlamento de Canadá, S.C. 1998, c. 37 "*DNA Identification Act*", 12 de octubre de 1998.

⁶¹ Dirección general de la Gendarmería Real de Canadá: "*El Banco Nacional de Datos de ADN. Reporte Anual*", Ed. Forensic Science and Identification Services, 2015, pp.18.

Además; establece principios de aplicación y recolección como la política pública en torno a las pruebas de ADN en procesos penales y bancos de datos como la protección de la sociedad y la administración de justicia estarán garantizados cuando se identifiquen a tiempo o se detengan y sancionen los delincuentes como consecuencia del NDDDB; el acceso al NDDDB será con fines policiales en la investigación del delito, nunca para otros que no se autoricen y se protegerá la privacidad ante todo de los que integran el NDDDB bajo estricto secreto profesional. Es decir, la ley ampara el procedimiento para obtener una prueba biológica de ADN.

La creación del NDDDB ha contribuido en gran medida a la identificación de sospechosos de un delito, tiene su sede en la ciudad de Ottawa y es operada y gestionada por la Dirección general de la Gendarmería Real de Canadá, aunque todos los cuerpos policiales nutren de datos el banco y son responsables en esa labor.

En el proceso penal canadiense la admisibilidad de la prueba con elementos comunes al sistema norteamericano necesita que sea relevante, deberá conducir a una conclusión sobre los hechos o aportar información crucial sobre aquellos, así como valora la necesidad de que el juicio sea lo más expedito posible y de la búsqueda incansable de la justicia.

4.4.3. España.

Primeramente; al analizar el preámbulo de la “Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”; nos damos cuenta de la importancia que se le da al examen de ADN en las investigaciones de delitos penales.

En dicho preámbulo, se toma en cuenta la información que nos proporciona la ciencia, como es la biología, al manifestar que el ácido desoxirribonucleico (ADN) es un componente que se encuentra en el núcleo de la célula y, que al ser investigado con la utilización de técnicas por parte de la medicina forense, proporciona información valiosa a las autoridades judiciales y policiales que investigan los actos delictivos.

Tomando en cuenta que por primera vez en 1988, en el Reino Unido, la información obtenida del examen del ADN fue utilizada para identificar y condenar al culpable de un delito, tanto en España como en el resto de los países aledaños, se ha procedido a utilizar dicha información, obtenida mediante un procedimiento legal, en las investigaciones criminales.

En tal situación, creo que en nuestro país Ecuador, se debe ir mejorando nuestro derecho para que nos permita realizar el examen de ADN, sin violar en lo más mínimo los derechos de las personas, y que dicha información pueda ser utilizada en las investigaciones criminales.

Por otra parte; a pesar de que la información obtenida del examen de ADN, es de suma importancia, en el marco de una investigación penal, creo que se presentan dificultades, especialmente en lo relacionado con la obtención de muestras biológicas para la realización de dicho examen, ya que entran en conflicto con ciertos derechos de las personas como el de objeción de conciencia o el derecho a la intimidad personal, u otros derechos innatos del ser humano.

Pero a pesar de ello, en el derecho Español, se ha considerado importante, la existencia de una base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN; y, que a dicha base ingresarán datos obtenidos a

partir del análisis de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, a más de la información obtenida en procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

De acuerdo a lo precedente, nos queda claro que en España existe una “Base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN. Pero también debo manifestar que dicha base de datos es un complemento al derecho penal de dicho país, en el cual se estipula la obligatoriedad de dicho examen conforme se demuestra a continuación:

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, en su artículo 326, tercer párrafo, se refiere a la obtención de muestras de ADN en aquellos casos donde “se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado”⁶².

La misma ley comenta sobre la posibilidad de que el juez ordene la recogida de ADN en las condiciones más garantistas posibles y con el cuidado que lleva como prueba científica.

En el segundo párrafo del artículo 363 se justifica la obtención de ADN mediante la intervención corporal en aras de lograr la identificación siempre que tengan lugar requisitos legales razonados y bajo resolución judicial motivada cuando sea indispensable para dicha identificación y por ello podrá “decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento e

⁶² Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Ediciones legales, España, Art. 326.

intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”⁶³.

Así mismo la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea en su artículo 520 apartado 6, inciso c que, si el procesado se negare a la prueba de ADN, el juez puede “imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”⁶⁴.

De lo anterior se colige que la utilización de fuerza coactiva es posible en el ordenamiento español pero no establece cuáles son, ni los límites en su ejecución ni la manera con lo que podrían tener lugar pruebas ilícitas en cuanto a posibles violaciones de derechos procesales y fundamentales.

La Ley Orgánica 10 de 2007 es la responsable de que España tenga su primer Banco de Datos de identificación policial⁶⁵.

En su artículo 3 establece que se encontraran datos relativos al sospechoso durante la investigación criminal y producto de ella, en casos de delitos graves como los sexuales, contra la integridad personal, violencia en las personas, entre otros. Lo novedosos es que incluye los datos biológicos de cadáveres o personas fallecidas.

Las inscripciones de los datos obtenidos no precisan consentimiento del sospechoso, solo la información al respecto en la recolección y gestión de esa

⁶³ Ibídem, Art. 363.

⁶⁴ Ibídem, Art. 520, numeral 6, literal c.

⁶⁵ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. tomado de: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo10-2007.html#i

información. Solo serán susceptibles de inclusión en el registro de datos aquellos vinculados a su identificación y género, sin que sea posible la recogida de datos vinculados a la salud del procesado. Es decir datos que solo sirven para la investigación criminal.

La policía judicial se encarga de la recolección de ADN del procesado o en el lugar de los hechos y se establece en su disposición Adicional Tercera que en caso de no contar con el consentimiento del procesado será necesaria una resolución judicial debidamente motivada para proceder⁶⁶.

⁶⁶ *Ibíd.*

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales utilizados

En la presente investigación se utilizó material bibliográfico, como libros relacionados con las variables de estudio, leyes ecuatorianas que contextualizaron el título de la tesis, leyes extranjeras que aportaron en el análisis comparativo, páginas de internet, entre otros.

La investigación fue descriptiva, ya que se describió y analizó las variables dentro de nuestra legislación ecuatoriana, como en la legislación comparada. En tal virtud se utilizó los siguientes métodos de investigación:

5.2. Métodos

5.2.1. Método exegético

Porque al analizar las variables de estudio dentro de la legislación ecuatoriana como también en la legislación comparada, se llegó a interpretar exclusivamente la voluntad del asambleísta, para determinar con exactitud lo que quiso decir, buscando su pensamiento y tomando en consideración las necesidades del momento.

5.2.2. Método analítico

Puesto que al realizar una investigación descriptiva; con el método analítico se desmembró cada una de las variables de estudio del presente trabajo hasta llegar analizar y describir minuciosamente el enfoque concreto dentro del contexto legal ecuatoriano y extranjero, y así poder llegar a una conclusión.

5.2.3. Método sintético

Con el presente método de investigación se buscó una solución del caso, ya que una vez desmembradas las variables de estudio, analizadas y descritas dentro de la legislación ecuatoriana como extranjera conforme al método analítico, se constituyó la mejor solución posible estipulada en la propuesta reformativa del presente trabajo de investigación.

5.3. Procedimientos y técnicas

5.3.1. Procedimientos

5.3.1.1. Investigación de campo

La investigación de campo, por ser un proceso metódico, riguroso y razonado nos permitió acopiar, tratar, analizar y presentar datos, que para lo cual se realizó una recolección directa de la realidad de la información relacionada con el tema en cuestión, con la finalidad de cumplir con el objetivo e hipótesis planteada⁶⁷.

5.3.1.2. Investigación Documental y Bibliográfica

Se utilizó la investigación documental y bibliográfica, en donde el proceso de recolección de información de la doctrina pertinente, ocupó un lugar importante que permitió ilustrar y garantizar la calidad del fundamento teórico.

Para lo cual, se realizó un proceso metódico, sistemático y secuencial para la recolección, selección, clasificación, evaluación y análisis del contenido de las fuentes bibliográficas y documentales, cuyo contenido tuvo relación

⁶⁷ Muñoz, Carlos. *“Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis”*. Prentice Hall: México, 2006.

directa con el tema estudiado y sirvió para cumplir con el objetivo e hipótesis planteada⁶⁸.

5.3.1.3. Población y muestra

5.3.1.3.1. Población

La población de este estudio estuvo conformada por los 10.730 abogados en libre ejercicio domiciliados en la ciudad de Quito⁶⁹.

5.3.1.3.2. Muestra

La muestra de este estudio fue el resultado de la aplicación de la fórmula para poblaciones finitas, al tomar como base a los 10.730 abogados de libre ejercicio domiciliados en la ciudad de Quito⁷⁰ como se expresa a continuación:

$$n = \frac{NpqZ^2}{pqZ^2 + E^2(N-1)}$$

De donde:

n = tamaño de la muestra

Z = Curva normal (1.65)

P = Probabilidad de éxito (0.50)

Q = probabilidad de fracaso (0.50)

N = tamaño de la población (10.730)

E = error máximo admisible en cálculo muestra = 0.10

⁶⁸ Ibídem.

⁶⁹ INEC. "Censo poblacional". INEC: Quito, 2010

⁷⁰ Ibídem.

⁷¹ Malhotra, Naresh. "Investigación de mercados". Prentice Hall: México, 2004.

Aplicada la fórmula:

$$n = \frac{10730(0,5)(0,5)(1,65)^2}{(0,5)(0,5)(1,65)^2 + (0,10)^2(10730-1)}$$

Dio un valor para n de 68, es decir que, la muestra quedó conformada por 68 abogados en libre ejercicio domiciliados en la ciudad de Quito, a quienes se aplicó la encuesta.

5.3.2. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos

Como técnica de la investigación se utilizó la encuesta y como instrumento de ésta el cuestionario.

5.3.2.1. Encuesta.

La encuesta sirvió porque permitió recolectar los datos de los informantes sin tener que modificar el entorno en donde se recogió la información⁷², con la finalidad de conocer la opinión de los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Quito sobre el tema en cuestión.

Para el efecto, se usó el cuestionario que fue aplicado de forma unipersonal a la muestra del estudio, éste fue previamente diseñado con preguntas relacionadas con el tema de investigación.

⁷² Muñoz, Carlos. *“Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis”*. Prentice Hall: México, 2006.

6. RESULTADOS

6.1. Procesamiento de datos.

La información que se recopiló a través de la encuesta fue procesada con ayuda del programa estadístico Excel. Para lo cual, se realizó previamente la tabulación de los resultados, se ingresaron los datos al programa estadístico y posteriormente se generaron tablas y gráficos que permitieron su análisis e interpretación a través de la descripción de los valores cuantitativos emitidos, lo que sirvió para formular las conclusiones parciales con respecto al tema de investigación.

6.2. Análisis de resultados.

A continuación, se presenta el análisis de los resultados emitidos en el procesamiento de los datos.

Pregunta 1. ¿Indique usted si conoce en qué consiste el examen biológico del ADN?

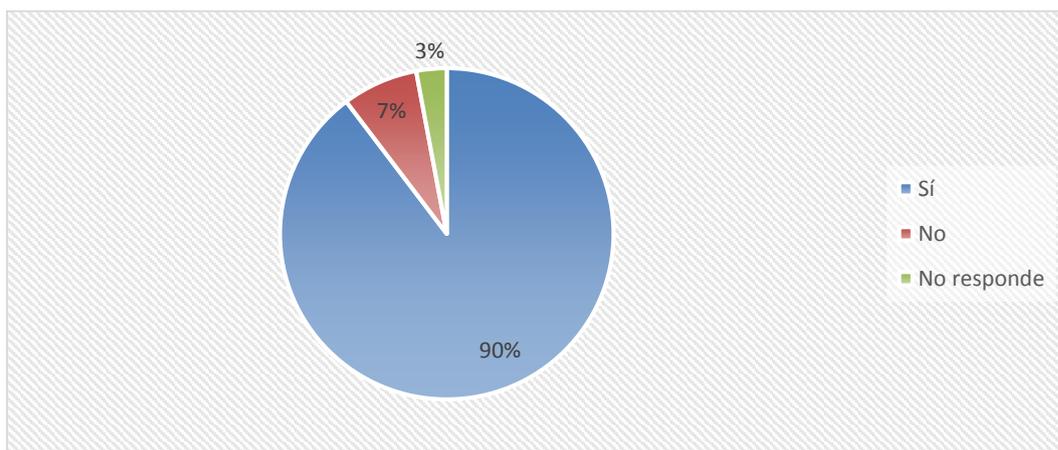
Tabla 1. Conocimiento sobre lo que es el examen biológico del ADN

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Sí	61	90%
No	5	7%
No responde	2	3%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 1. Conocimiento sobre lo que es el examen biológico del ADN



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 90% de los encuestados señala que sí conoce sobre el examen biológico del ADN, el 7% no y el 3% no responde.

Estos resultados indican que la mayoría de profesionales del derecho sí conocen sobre este tipo de examen.

Pregunta 2. ¿Conoce usted en qué consiste el derecho de objeción de conciencia?

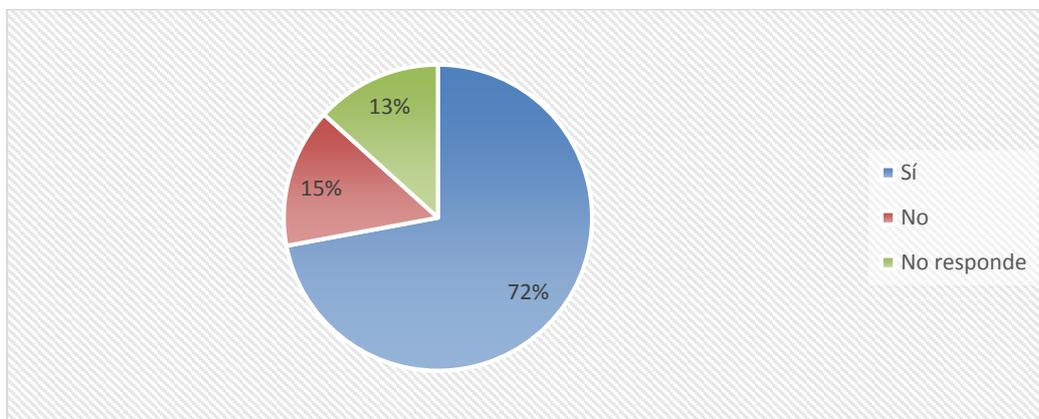
Tabla 2. Conocimiento sobre el derecho de objeción de conciencia

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Sí	49	72%
No	10	15%
No responde	9	13%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 2. Conocimiento sobre el derecho de objeción de conciencia



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 72% de los encuestados indica que saben en qué consiste el derecho de objeción de conciencia, el 15% no y el 13% no responden.

Estos indicadores señalan que la mayoría de abogados de la ciudad de Quito conocen sobre este derecho.

Pregunta 3. ¿Considera usted que la obligatoriedad del examen de ADN en delitos penales, atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad del individuo?

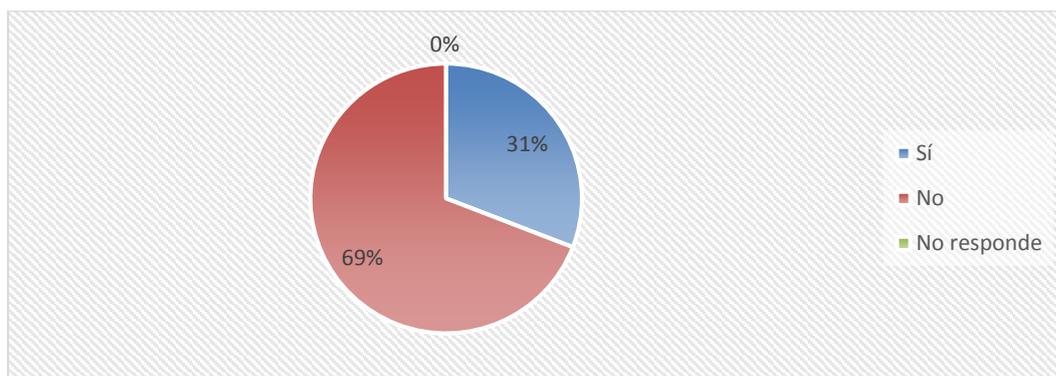
Tabla 3. La obligatoriedad del examen de ADN atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad del individuo

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Sí	21	31%
No	47	69%
No responde	0	0%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 3. La obligatoriedad del examen de ADN atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad del individuo



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 69% de los encuestados indica que la obligatoriedad del examen de ADN no atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad del individuo y el 31% señala que sí. Si bien la mayoría de abogados de la ciudad de Quito exponen que este examen no atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad del individuo que está siendo procesado por delitos penales, tres de cada diez señala lo contrario.

Pregunta 4. ¿En su opinión y experiencia en qué medida puede ser decisivo el examen de ADN en la investigación de delitos penales?

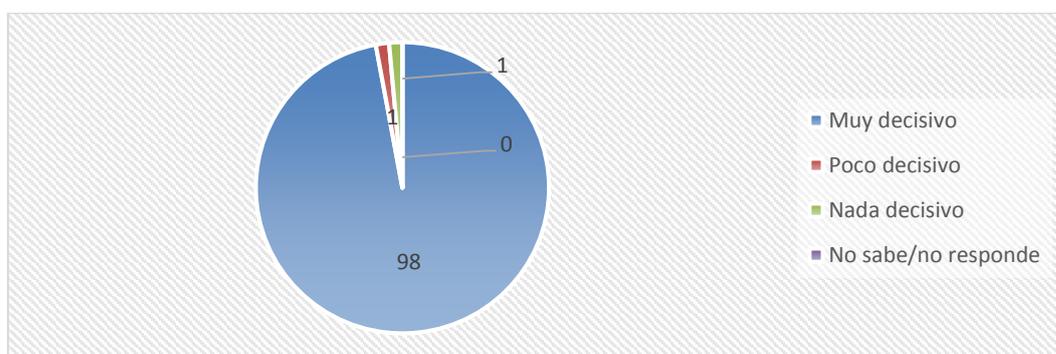
Tabla 4. Medida en que puede ser decisivo el examen de ADN

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Muy decisivo	66	98%
Poco decisivo	1	1%
Nada decisivo	1	1%
No sabe/no responde	0	0%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 4. Medida en que puede ser decisivo el examen de ADN



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 98% de encuestados señalan que el examen de ADN en la investigación de delitos penales resulta muy decisivo, el 1% poco decisivo y el 1% restante nada decisivo.

Estos resultados indican que una amplia mayoría de abogados de la ciudad de Quito están conscientes de la importancia que tiene este tipo de examen para establecer las decisiones que se toman alrededor de delitos penales.

Pregunta 5. ¿Cree usted que la “objección de conciencia” no debería impedir un examen de ADN indirectamente obtenido en delitos penales?

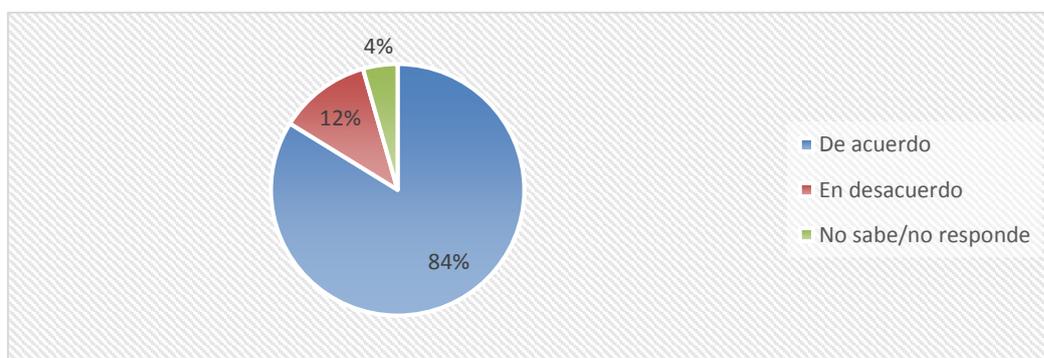
Tabla 5. Objeción de conciencia como impedimento de examen de ADN

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	57	84%
En desacuerdo	8	12%
No sabe/no responde	3	4%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 5. Objeción de conciencia como impedimento de examen de ADN



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 84% de encuestados indica que está de acuerdo con el hecho de que la objeción de conciencia no debería impedir un examen de ADN indirectamente obtenida en delitos penales, el 12% señala que está en desacuerdo y el 4% no sabe o no responde. Estos resultados muestran que para la mayoría de abogados de la ciudad de Quito la objeción de conciencia no debería impedir la solicitud de un examen de ADN en el proceso de delitos penales.

Pregunta 6. ¿Piensa usted que debería regularse el examen del ADN indirectamente obtenido en delitos penales?

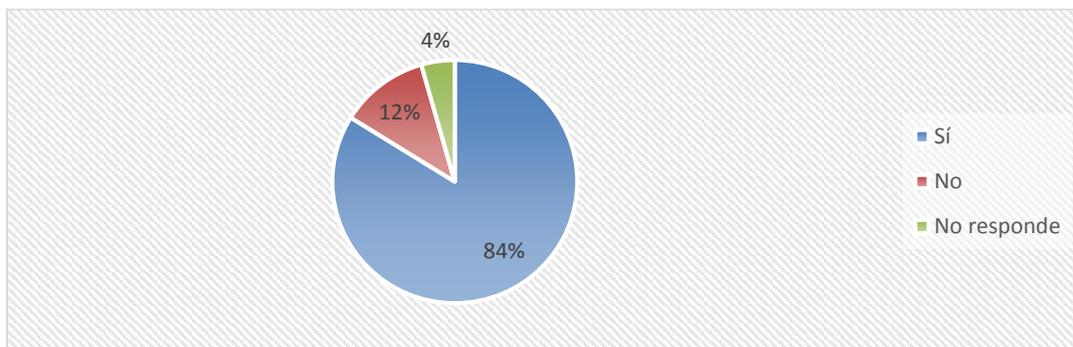
Tabla 6. Regulación del examen del ADN indirectamente obtenido en delitos penales

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Sí	57	84%
No	8	12%
No responde	3	4%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 6. Regulación del examen del ADN indirectamente obtenido en delitos penales



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 84% de los encuestados señalan que debería regularse el examen de ADN indirectamente obtenido en delitos penales, el 12% al respecto indica que no y el 4% no responde.

Estos resultados muestran la misma tendencia que los de la pregunta 5, lo que ratifica la necesidad que existe de que este tipo de examen sea regulado en los procesos de delitos penales que se tramiten.

Pregunta 7. ¿Considera usted que se debe reformar el numeral 1 del artículo 459 del COIP, para que la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida, pueda admitirse en el proceso penal ante la negativa del sospechoso o procesado?

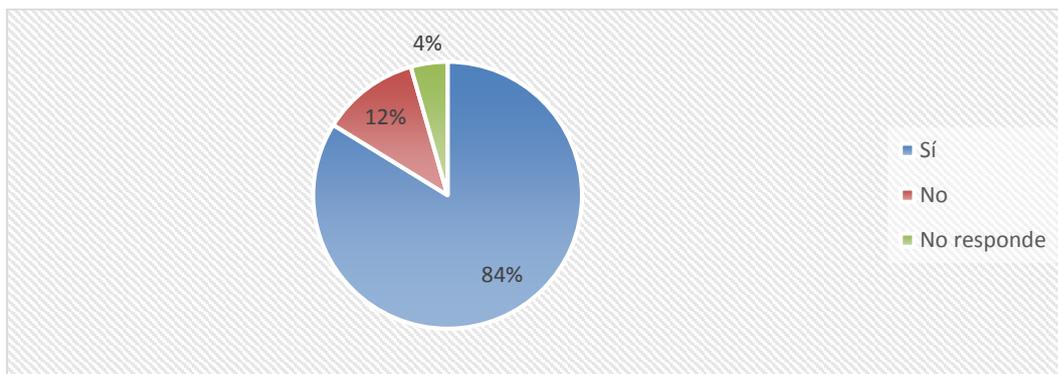
Tabla 7. Reforma al artículo 459 del COIP

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Sí	57	84%
No	8	12%
No responde	3	4%
Total	68	100%

Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Gráfico 7. Reforma al artículo 459 del COIP



Fuente: encuestas aplicadas a los abogados de la ciudad de Quito

Elaborado por: Wilson Chamba

Análisis e interpretación: el 84% de los encuestados indican que el artículo 459 del COIP sí debería ser reformado para que la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida pueda admitirse en el proceso penal ante la negativa del sospechoso o procesado, el 12% señala al respecto que no y el 4% no responde. Estos resultados ratifican la postura de los abogados en libre ejercicio de Quito, establecida en las preguntas anteriores, lo que indica la necesidad que existe que el artículo 459 del COIP sea modificado para que esta prueba sea admitida dentro del proceso penal que así corresponda.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Objetivo general:

“Realizar un estudio jurídico crítico al COIP sobre la valoración de la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida frente a la objeción de conciencia, enfocándose en el derecho comparado, para encontrar vacíos jurídicos y poderlos solucionar”.

Teniendo en cuenta que el objetivo general es la meta hasta donde va a llegar la investigación, y para lograrlo se debe seguir una secuencia lógica que indique los caminos o etapas; estos caminos o etapas son los objetivos específicos que se tienen que cumplir para consolidar el objetivo general.

En tal virtud; se ha consolidado el objetivo general, puesto que primeramente se ha analizado instrumentos normativos ecuatorianos relacionados con las pruebas y registros de ADN; se ha analizado al COIP en lo pertinente con las variables de estudio; de igual manera, se ha analizado doctrina y normas de derecho comparado relacionadas con este método probatorio y su procedencia. Todo esto consta en el presente informe de investigación.

En segundo lugar se ha establecido el criterio actual que tienen los expertos y profesionales del derecho respecto a la utilización de pruebas biológicas. Criterio que consta en el análisis e interpretación de resultados en la investigación de campo, la misma que corrobora con la necesidad de valorar el examen de ADN como prueba en delitos penales.

Por último; una vez analizado el código orgánico integral penal en lo referente a la valoración de la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida frente a la objeción de conciencia, y analizado instrumentos normativos relacionados con el tema y enfocándose en el derecho comparado, como de igual manera tomando en cuenta la información obtenida en la investigación de campo; se ha llegado a establecer la necesidad de reformar el literal 1 del artículo 459 del COIP, para que se pueda obtener indirectamente la prueba biológica del ADN ante la negativa del sospecho o procesado. Todo esto plasmado en la propuesta de reforma jurídica en el presente informe.

Objetivos específicos:

Como quedó manifestado en lo precedente, que los objetivos específicos deben seguir una secuencia lógica, que indiquen los caminos o etapas que se deben cumplir para lograr consolidar el objetivo general.

De igual manera quedó explicado que se ha llegado a la meta en la presente investigación ya que se ha cumplido con cada uno de los objetivos específicos, los mismos que avalan la consolidación del objetivo general.

Y para su conocimiento detallo los objetivos específicos plasmados en el proyecto de investigación y alcanzados durante el presente trabajo investigativo:

- Analizar instrumentos normativos relacionados con las pruebas y registros de ADN, doctrina y normas de derecho comparado, relacionadas con este método probatorio y su procedencia.
- Establecer el criterio actual que tienen los expertos y profesionales del derecho respecto a la utilización de pruebas biológicas.

- Proponer la reforma al Art. 459 literal 1 del COIP para que la prueba biológica del ADN obtenida indirectamente pueda admitirse en el proceso penal ante la negativa del sospechoso o procesado.

7.2. Contrastación de hipótesis

Hipótesis:

“La propuesta de reforma al Art. 459 literal 1 del COIP permite obtener la prueba biológica del ADN indirectamente ante la negativa del sospechoso o procesado sin necesidad de físicamente constreñirlo”.

Una vez analizada la problemática, se planteó la hipótesis precedente, la misma que se comprueba positivamente, puesto que al analizar el COIP en lo referente a las variables de estudio, enfocándose en el derecho comparado, y con la ratificación de la investigación de campo, se llega a la conclusión de que la propuesta de reforma jurídica al artículo 459 literal1 del COIP, permite obtener indirectamente la prueba biológica del ADN ante la negativa del sospechoso o procesado.

7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

La ley fundamental del Estado Ecuatoriano es la Constitución de la República del Ecuador, con supremacía sobre el resto de las leyes. Es el texto principal de la política ecuatoriana y delimita la relación entre el gobierno y la ciudadanía. En tal virtud; como fundamentación jurídica tenemos que: según el artículo 1, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; se expresa en su artículo 25 el derecho de todas las personas a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico; en el apartado 12 del artículo

66 se establece el derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o la naturaleza; se consagra en el artículo 76 que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso; el artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, así como su artículo 172 establece que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley; según el artículo 194 la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso; el artículo 195 establece que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.; el apartado 21 del artículo 5 del COIP establece que en el ejercicio de su función, la o el fiscal debe ajustar sus actos a la objetividad de su criterio en aras de lograr la correcta aplicación de la ley en conjunto con el

respeto a los derechos de las personas mientras investiga los actos que coadyuven, prueben, mitiguen o eximan de responsabilidad a la persona implicada; el artículo 453 del COIP dice que la finalidad de la prueba es llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada; el artículo 498 del código en mención establece como medio de prueba, la pericial.

8. CONCLUSIONES

1. La prueba científica del ADN ha demostrado ser una herramienta digna de beatificación jurídica y un medio de prueba clave en la investigación criminal y en la averiguación de la verdad sujeta a circunstancias de validez e interpretación correctas en el proceso penal.
2. La objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente regulado por la universalidad de ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano. Es el impedimento personal de cumplir una norma por ir contra las suya propia individual que no puede tener un fin más que individual y para nada político o colectivo.
3. La mayoría de los encuestados en la investigación conocían la prueba de ADN, el derecho a la objeción de conciencia y la importancia de ambas cosas en el proceso con lo que pudieron ofrecer su criterio sin desconocimiento o ignorancia.
4. La prueba de ADN fue reconocida por los encuestados como de sumamente decisiva en un proceso penal, así como la importancia de modificar el numeral 1 del artículo 459 del COIP que posibilitará una alternativa de obtención de la prueba de ADN sin que ello fuera en detrimento de los derechos fundamentales de la persona.
5. Al realizar la prueba de ADN, se tutelan los derechos fundamentales de la persona -como el derecho a la intimidad- y, por lo tanto, se debe tener protección jurídica en dicho procedimiento.

9. RECOMENDACIONES

1. La prueba de ADN es un medio de prueba digno de considerarse en todo ordenamiento legal que se ajuste a las exigencias modernas y técnicas científicas más novedosas en aras de mejorar la calidad y certeza en la investigación de delitos.
2. La objeción de conciencia debe valorarse por el juzgador -en cuanto a las razones y convicciones del objetor- en aras de considerar si procede o no y que parece aportar mayor seguridad jurídica y equilibrio entre interés público y particular, controlando así el abuso de la objeción de conciencia fraudulenta.
3. La realización del examen de ADN y la objeción de conciencia no tienen por qué ser circunstancias contradictorias y tanto una como la otra deben someterse a la valoración judicial con todos los requisitos procesales que ello supone a fin de evitar el abuso de una u otra en el proceso penal.
4. Se hace necesario comenzar la posibilidad de valorar la prueba de ADN obtenida indirectamente, mediante la modificación inicial del apartado 1, del artículo 459, del COIP, con el fin de incluir la recogida, custodia y examen de aquellas muestras biológicas abandonadas, sin necesidad de consentimiento expreso pero previa autorización judicial.
5. Realizar un estudio sobre si es procedente o no la obligatoriedad del examen de ADN en nuestro país, así como lo es en España, Estados Unidos o Canadá según la legislación comparada.

9.1. Propuesta de reforma jurídica

No cabe dudas que la realidad delictual y criminal de la actualidad, las nuevas técnicas y medios para cometer delitos y la aparición de novedosas formas delictivas, exigen un cambio en el ordenamiento ecuatoriano respecto a la posibilidad del análisis de la prueba de ADN en la investigación de delitos, especialmente por el derecho de las personas de utilizar la tecnología dispuesta a su alcance para el mejoramiento de la vida en la sociedad.

La importancia de esta prueba es vital en la resolución de casos criminales, ya sea como prueba elemental de identificación o secundaria de participación o de indicio en el proceso. Es una prueba que está basada en las nuevas tecnologías de la investigación, una prueba científica con todos sus contras y aun mayor cantidad de pros donde las nuevas técnicas de recolección de datos permiten que no sea invasiva ni cause malestar en el sujeto que se realiza, tampoco se considere una injerencia de sus derechos corporales o de integridad física o la dignidad.

La objeción de conciencia interpuesta por la persona debe ser valorada por la máxima autoridad judicial y fundamentada en la resolución judicial de disposición de prueba indirecta de ADN cuando no acepte dicha objeción, por suponer un fraude de ley o no estar sustentada en el caso específico que juzgue, y por ser el juez la máxima autoridad judicial en el proceso actuando bajo principios y ética profesionales que ofrecen mayor seguridad jurídica en su valoración.

También es reconocible que, al aceptar la prueba de ADN obtenida directa o indirectamente, es recomendable la creación de un Registro genético criminal a cargo de la máxima autoridad judicial, teniendo en cuenta las

funciones que le otorga la Constitución y la ley en el proceso penal y que será tutelado por la figura del juzgador.

La encuesta demuestra que la mayoría de encuestados conocía la prueba de ADN y su importancia e impacto positivos en la investigación de delitos, también la regulación y sobreprotección del derecho a la objeción de conciencia que impide la utilización de tan significativo medio de prueba.

Con ello se propone en esta investigación la modificación del literal 1 del artículo 459 del COIP, de la que partiría el resto de modificaciones posibles y consideraciones en torno a la obtención indirecta de la prueba de ADN.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República consagra en su artículo 169 que el sistema procesal es una vía para alcanzar la realización de justicia, así como su artículo 172 establece que los juzgadores aplicaran la debida diligencia en el proceso de administración de justicia.

Que la Constitución de la República expresa en su artículo 25 el derecho de todas las personas a disfrutar de los beneficios del progreso científico. Y en relación al deber del Estado de garantizar la seguridad ciudadana mediante políticas y acciones integradas, para lograr una mejor convivencia, para promover una cultura de paz, para prevenir las distintas formas de violencia y discriminación y la comisión de delitos e infracciones refrendado en su artículo 393 ibídem.

Que la Constitución de la República consagra en su artículo 66 apartado 12, el derecho a la objeción de conciencia sin que vaya en detrimento de otros derechos consagrados ni ocasionar daño a los seres humanos o la naturaleza.

Que en virtud del artículo 86 apartado 3 el juez puede ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas.

Que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial según el artículo 194 de la Constitución de la República y “organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal”, artículo 195 ibídem.

Que son los jueces los encargados de la administración de justicia acorde a los principios constitucionales e internacionales establecidos en Convenios de igual naturaleza relativos a los derechos humanos según el artículo 172 de la Constitución ecuatoriana.

Que el Código Orgánico Integral Penal, establece en su artículo 5 apartado 21 que, el fiscal debe ajustar sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

Que es imperioso considerar la utilización de la prueba de ADN obtenida indirectamente en la investigación de hechos delictivos por su especial y elevada confiabilidad como prueba científica, capaz de proporcionar

información decisiva al proceso penal sobre la implicación de la persona en dichos hechos.

Que el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal establece que la prueba contribuye al convencimiento del juzgador sobre la implicación de la persona en los hechos. En tal virtud, la realización de la prueba de ADN es un elemento que contribuye positivamente siempre y cuando se anuncie y practique de acuerdo a los principios y criterios de valoración de la prueba según el artículo 454 y 457 ibídem.

Que el artículo 498 del Código Orgánico Integral Penal establece como medio de prueba, la pericial, viabilizando la oportunidad de utilizar la prueba de ADN como medio de prueba realizado especialmente por peritos especializados en ello.

Que el Código Orgánico Integral Penal no considera la obtención indirecta de la prueba de ADN, cuando la persona no da el consentimiento para su realización, descartando de alguna manera la consideración de un medio de prueba de tanta confiabilidad. Tampoco establece en qué circunstancias ocurrirá la alternativa de autorización judicial en caso de la negativa del acusado ni las consecuencias de ello.

Que la prueba de ADN es una prueba científica susceptible de realizar mediante técnicas que minimizan la injerencia corporal a la persona; significando, bajo protección legal, poca intrusión o atentado contra su derecho fundamental a la integridad y la dignidad de los seres humanos.

En el ejercicio de las facultades que vienen atribuidas en virtud del artículo 120, apartado 6 de la Constitución de la República, se expide la siguiente:

“LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”

Artículo 1.- Agréguese al final del apartado 1, del artículo 459, del Código Orgánico Integral Penal, el siguiente texto: “En caso de no darse el consentimiento y previa resolución judicial, la recogida, custodia y examen de aquellas muestras biológicas abandonadas, se realizarán en condiciones que garanticen su autenticidad.” Quedando el mencionado apartado como a continuación:

Art. 459.- (...):

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. En caso de no darse el consentimiento y previa resolución judicial, la recogida, custodia y examen de aquellas muestras biológicas abandonadas, se realizarán en condiciones que garanticen su autenticidad.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en el mes de abril de 2017.

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA

SECRETARIA GENERAL

10. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez de Neyra, Susana: "El consentimiento en la toma de muestras de ADN", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

Asamblea Nacional: "Código orgánico general de procesos". Ed. Legales, Quito, 2015.

Asamblea Nacional, "Código Orgánico Integral Penal", ed. Ediciones Legales, Quito, 2014.

Beltrán Aguirre, J.L.: "Una Propuesta de Regulación de la Objeción de Conciencia en el Ámbito de la Asistencia Sanitaria", Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2010.

Bermúdez Coronel, E.: "Debido *Proceso*", Ed. Pro Justicia, Quito, 2001.

Bishop, de Jerry E., Michael, Waldholz ""Genoma". Ed. Plaza y Janes. Madrid, 2008.

Bravo, Rolando, "La prueba en materia penal". Universidad de Cuenca: Cuenca, 2010.

Cariacedo, Ángel: "La huella genética", Ed. Fundación BBV, Bilbao, 2004.

Casado, María; Guillén, Margarita: "ADN forense: problemas éticos y jurídicos", Ed. Universidad Barcelona, Barcelona, 2014.

Comisión Europea de Derechos Humanos: Decisión 8278/1978, Ed. CEDH, Estrasburgo, 1979.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. "Pacto de San José de Costa Rica", Ed. CIDH, 1969.

Colmenero García, M.D.: “La Objeción de Conciencia”, ed. Fundación Mariano Ruiz, Madrid, 2012.

Cossío, J.R.: “Responsabilidad penal y prueba científica”, Diario El Universal, México D.F., 12 de mayo de 2015.

Couture, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal”, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1964.

De Luca, Stefano; Cometiére, Roberto; Navarro, Fernando: “La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

Dirección general de la Gendarmería Real de Canadá: “El Banco Nacional de Datos de ADN. Reporte Anual”, Ed. Forensic Science and Identification Services, 2015.

Dworkin, Ronald: “Tomando los derechos en serio”, Ed. Filsojux del derecho, México D.F., 2003.

Escobar Roca, G.: “La Objeción de Conciencia en la Constitución Española”, ed. Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Ferrajoli, L., “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 564.

Fermín, Pedro. “Instituciones de derecho práctico ecuatoriano”. Ed. Huérfanos de Valencia: Quito, 1867.

Gascón Abellán, Marina: “Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba”, Ed. Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

Glick, B.: "Biotecnología Molecular. Principios y aplicaciones", Ed. ASM, Washington, 2005.

Gómez, P. "Carga de la prueba". Ed. Leciv. Strasburgo, 2001.

Harris, J.: "Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología Humana", Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

Jefatura del Estado, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Ediciones legales, Madrid, 1 de junio de 1997.

Jefatura del Estado, Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Ediciones legales, Madrid, 25 de noviembre de 2003.

Jefatura del Estado, Ley Orgánica 1 Modificativa del Código Penal español, Ed. Ediciones legales, Madrid, 30 de marzo de 2015.

Jefatura del estado, Ley orgánica 10 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, Ed. Ediciones Legales, Madrid, 8 de octubre de 2007.

Jefatura del estado, Ley orgánica 13 de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Ediciones Legales, Madrid, 5 de noviembre de 2015,

Karp, Gerald:" Biología celular y molecular", Ed. McGraw Hill, México, 2011.

Lederberg, Joshua; T. McCray, Alexa: "A Genealogical Treasury of Words". Ed. The Scientist, New York, 2007.

Muñoz Neira, O.: "El ADN como prueba científica en el derecho estadounidense a la luz del caso O.J. Simpson", Revista Derecho Penal No. 30, Bogotá, Enero-Marzo, 2010.

Otín del Castillo, J.M.: "Psicología criminal". Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013.

Parlamento de Canadá, S.C. 1998, c. 37 "DNA Identification Act", 12 de octubre de 1998.

Peces-Barba, G.: "Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia", Ed. Marcial Pons, Madrid.

Real Academia Española: "Diccionario de la Real Academia Española". Ed. RAE, Madrid, 2014.

Rivero Hernández, F.: "La presunción de la paternidad legítima", Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

Rosales, Cristina: "¿Derecho y Genética? Las nuevas tendencias en el Derecho Penal". Revista del Colegio de Abogados de Loja. Periodo 28. No.2. Ed. Originales & Copias. Loja, 2006.

Silva, Hernán: "Diccionario de términos médico-legales", Ed. Jurídico – Andina, Santiago de Chile, 2010.

Todorov, T.: "Memoria del mal, tentación del bien: indagación sobre el siglo XX", Ed. Península, Barcelona, 1998.

UNESCO: "Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos", Ed. UNESCO, París, 1997.

Varsi Rospigliosi, Enrique: “Efectivizando la protección del Genoma Humano, los Derechos Humanos y los Derechos del Niño. Cuadernos de Bioética”, Ed. UNESCO, 2005, Lima.

Wilson Merino Sánchez, “Constitucionalización del Proceso Penal Ecuatoriano”, Revista Ensayos Penales, No. 1, Quito, febrero 2013, pp. 54.

www.derechoecuador.com

García, José. “¿Qué es la prueba?”. Tomado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/10/09/que-es-la-prueba>.

López, Jesús. “Presunción de inocencia”. Tomado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/06/21/presuncion-de-inocencia>.

11. ANEXOS: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ADN INDIRECTAMENTE
OBTENIDA FRENTE A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”

PROYECTO DE TESIS PREVIO A
LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO.

AUTOR:

Wilson Chamba

QUITO, ECUADOR

AÑO 2016

1. TEMA

“Valoración de la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida frente a la objeción de conciencia”

2. PROBLEMÁTICA

No existe unanimidad aun, en generalizar el uso de los registros de ADN como requisito esencial de identificación personal, por lo que en la actualidad surgen problemas ético – legales en la investigación criminal por la obtención de pruebas biológicas (ADN), los cuales están relacionados básicamente con la negativa del consentimiento por parte del sospechoso a donar una muestra para que se pueda comparar el resultado del análisis del indicio.

El actual Código Orgánico Integral Penal (COIP) no determina la obtención de la prueba biológica de manera indirecta en el proceso penal ante la negativa del procesado de realizarse exámenes médicos o corporales o toma de muestras de forma directa. El sospechoso puede objetar que su religión lo prohíbe (objeción de conciencia) apelando al Art. 12 numeral 3 del COIP o a su vez, el abogado defensor puede objetar un derecho fundamental como lo es el de “presunción de inocencia”.

Además, no se puede obligar al sospechoso a que se realice una prueba biológica (ADN), aunque el juez lo autorice, más es necesario su consentimiento expreso, lo que causa que el proceso penal se dilate.

Frente a un exceso de protección a los derechos fundamentales, podría incurrirse en la aberración jurídica de por ejemplo, que el consumado delincuente conocido, aduciendo “objeción de conciencia” se opusiera a un examen de ADN tendiente a confrontar los indicios existentes en el lugar de los

hechos con su registro de ADN, obstruyendo con ello, la labor judicial de los investigadores.

Entonces, existe una problemática evidente al no poder tomar una muestra directa, por impedimento de la norma legal ya que en el Capítulo Segundo sobre Actuaciones y Técnicas Especiales de Investigación del COIP en el Art. 459 numeral 1 sobre las reglas de actuaciones de investigación dice:

“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”⁷³.

Los exámenes de ADN, debido a su gran confiabilidad, son cada vez más empleados para fines indistintos, lo que ha llevado en varios países como Chile, no solo a registrar el ADN de los delincuentes, sino que, al igual que lo ocurrido con las huellas digitales, a crear un registro de ésta prueba biológica como requisito de identificación de cada persona, con lo que se pretende evitar situaciones polémicas al momento de sancionar un delito⁷⁴.

El presente, es un tema de mucha importancia, donde se planteará la controversia consistente en dilucidar si el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales tienen carácter absoluto y debe primar sobre el interés

⁷³ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, pp.135.

⁷⁴ UNODC. “Manual sobre los delitos relacionados con la identidad”. Viena. Naciones Unidas

del Estado y la sociedad en el descubrimiento del delito, sus autores y partícipes y la sanción del mismo, o si, por el contrario, debe primar este último interés sobre los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso penal.

Aceptar la primera posición impediría al Estado cumplir con el fin legítimo de descubrir y sancionar el delito y, por esta vía, estaría incumpliendo uno de los fines esenciales cual es el darle efectividad a los derechos fundamentales, puesto que está impedido de averiguar y castigar el delito, le está dando curso a la creación de condiciones para que los transgresores de la ley penal, amparados en la impunidad, siguieran vulnerando los derechos fundamentales de los demás miembros de la comunidad.

Adoptar la segunda, implicaría incurrir en el más acendrado absolutismo con el desconocimiento total de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y ante todo, ser tratados con respeto a su dignidad como seres humanos.

Frente a estas dos posiciones, el Tribunal Constitucional español ha establecido que:

“Los límites de los derechos deben ser interpretados restrictivamente, por eso, las limitaciones, además de estar previstas en la ley, deben ser siempre justificadas y las resoluciones limitadoras, suficientemente motivadas, razonables, proporcionadas en relación con el bien o derecho que limitan y

*destinadas a cumplir realmente el fin para el que fueron establecidas*⁷⁵. (1998, págs. 151 - 152)

Dicho tribunal aborda la justificación de las medidas en la sentencia 8/1992, del 16 de enero al señalar:

*“(...) cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación (...) es preciso no solo que exista una especial justificación, sino que (...) se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó”*⁷⁶.

No cabe duda de la gravitante importancia de las pruebas de identificación humana a través del ADN que ha reemplazado a las pruebas tradicionales, constituyéndose en una herramienta cuyo empleo ha significado economía de tiempo y recursos para la justicia.

3. JUSTIFICACIÓN

3.1 Social

La presente investigación tiene justificación social ya que implica la aplicación de la justicia a una sociedad que necesita de leyes que sancionen

⁷⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, No. 8/1992 del 16 de enero del 2002. Citado por Muñoz Arnau Juan, Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español. Ad. Aranzadi, Pamplona, España, 1998. Pág. 151-152

⁷⁶ *Ibíd*em, Pág. 152

los actos criminales en contra de sus miembros, sin sentirse que han sido defraudados y dejen de creer en la legislación nacional.

3.2 Académico

Como profesionales del derecho y para el presente caso, como aspirante a un título de licenciado en ciencias jurídicas, es importante aportar a la resolución de los vacíos jurídicos que se encuentran en la Ley o sus reglamentos, por tanto, basado en la propuesta que se planteará al finalizar la investigación, se aporta, por intermedio de la Universidad Nacional de Loja, a la resolución de un problema, enalteciendo así a la Institución y el nivel de su educación.

3.3 Jurídico

En el ámbito jurídico, la investigación se justifica por la necesidad latente de modernizar y mejorar las leyes del país, a fin de lograr la justicia para aquellas personas que han sido afectadas por delitos tipificados y que al momento no pueden comprobar la culpabilidad del reo, por la falta de mecanismos y métodos como el ADN, que no son obligatorios.

En conclusión, el reto será poder utilizar la información genética de la mejor manera posible, tratando de asegurar que los beneficios sean para la mayoría, justificándose plenamente la investigación propuesta.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo general:

Realizar un estudio jurídico crítico al COIP sobre la valoración de la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida frente a la objeción de

conciencia, enfocándose en el derecho comparado, para encontrar vacíos jurídicos y poderlos solucionar.

4.2 Objetivos específicos:

- Analizar instrumentos normativos relacionados con las pruebas y registros de ADN, doctrina y normas de derecho comparado, relacionadas con este método probatorio y su procedencia.
- Establecer el criterio actual que tienen los expertos y profesionales del derecho respecto a la utilización de pruebas biológicas.
- Proponer la reforma al Art. 459 literal 1 del COIP para que la prueba biológica del ADN obtenida indirectamente pueda admitirse en el proceso penal ante la negativa del sospechoso o procesado.

4.3. HIPÓTESIS

La propuesta de reforma al Art. 459 literal 1 del COIP permite obtener la prueba biológica del ADN indirectamente ante la negativa del sospechoso o procesado sin necesidad de físicamente constreñirlo.

5. MARCO TEÓRICO

Las Pruebas de ADN

Una prueba de ADN “es el nombre genérico con que se designa a un grupo de estudios realizados con el ADN o ácido desoxirribonucleico”⁷⁷.

Las pruebas de ADN han pasado a constituir un elemento fundamental en investigaciones forenses, biológicas, médicas, de ingeniería genética y en

⁷⁷ FERRAJOLI, Leonard. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Madrid: Editorial Trotta

todo estudio científico en el que se hace necesario un análisis genético de ciertos elementos.

Las pruebas de ADN han pasado a constituir la base de muchas investigaciones judiciales y policiales, entre las cuales están:

- Determinar la paternidad.
- Determinar la identidad de quien haya realizado un delito.
- Determinar la identidad de una víctima fallecida.

La técnica del ADN o huella genética “se basa en que dos seres humanos tienen una gran parte de su secuencia de ADN en común y para distinguir a dos individuos se puede explotar la repetición de secuencias altamente variables llamada microsátélites”⁷⁸. Dos seres humanos no relacionados será poco probable que tengan el mismo número de microsátélites en un determinado locus.

Es muy improbable que en una serie de personas alguien tenga un ADN similar o idéntico, con excepción de los gemelos idénticos, que mantendrán un perfil genético similar, aunque las huellas dactilares serán diferentes.

La huella genética se utiliza en la medicina forense, para identificar a los sospechosos con muestras de sangre, cabello, saliva o semen. También ha dado lugar a varias exoneraciones de condenados en diferentes instituciones de reclusión y rehabilitación social.

Igualmente se utiliza en aplicaciones como la identificación de los restos humanos, pruebas de paternidad, la compatibilidad en la donación de órganos,

⁷⁸ MONTESDEOCA, Carlos. “Práctica del proceso penal”. Quito. Editorial Abya-Yala

el estudio de las poblaciones de animales silvestres, y el establecimiento del origen o la composición de alimentos. También se ha utilizado para generar hipótesis sobre las migraciones de los seres humanos en la prehistoria.

Para la identificación del ADN se debe realizar una extracción que puede proceder de sustancias tales como:

- “Artículos personales (por ejemplo cepillo de dientes, máquina de afeitar).
- Banco de muestras (como un banco de esperma o la biopsia de un tejido).
- Parientes de sangre.
- Restos humanos previamente identificados”⁷⁹.

Algunas muestras de referencia son recolectadas con un hisopo bucal.

Aplicaciones y Ejemplos de las Pruebas de ADN

Las aplicaciones más importantes de las pruebas de ADN son las siguientes:

- “Ciencia Forense.
- Comparar sospechosos con muestras de sangre, cabello, saliva o semen debitadas.
- Estudiar la compatibilidad en donaciones de órganos.
- Identificación de restos humanos por comparación con muestras de familiares.
- Pruebas de paternidad.

⁷⁹ AMIEIRO, Edgar. “Teoría de la identificación criminalística”. La Habana. Editorial MEC

- Estudios de evolución de poblaciones animales salvajes.
- Estudio de la composición de los alimentos.
- Generación de hipótesis sobre las migraciones humanas en la migración.
- Identificación de inmigrantes y personas indocumentadas⁸⁰.

La técnica del ADN tuvo su estreno dentro de la investigación en el caso de un joven inmigración que llegó al Reino Unido, proveniente de Ghana. El problema se suscitó cuando el hombre quiso regresar a su país de aquel viaje y al comprobar su pasaporte se pudo determinar que era falsificado por lo que se le negó la residencia.

“Las pruebas de ADN demostraron con un 99,997% de probabilidad, que era hermano de los demás hijos de su madre de nacionalidad británica, por lo que pudo quedarse en el Reino Unido. Otro caso, de los primeros con repercusión internacional, fue el de Josef Mengele, criminal de guerra nazi, cuyos supuestos restos fueron descubiertos en 1985 en un cementerio brasileño. En 1988 se comparó el ADN extraído de un hueso del esqueleto con el ADN de la sangre de la esposa y el hijo de Mengele⁸¹.”

En éste caso, los investigadores pudieron probar con un 99,94% de probabilidad que la muestra que se estaba analizando de los restos

⁸⁰ CASTILLO, Oswaldo. “La identificación de criminales a través del ADN”. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile

⁸¹ GASCÓN, Mariana. “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”. Bogotá. Leyes Editores.

encontrados del joven Mengele le pertenecen, así dio inicio a éste método, aunque luego de éste caso, pasaron muchos años hasta ser reconocido como una técnica forense confiable.

La legislación de antaño no consideraba tomar la prueba de ADN como un medio incriminatorio o para dictar una condena puesto que aún no tenía bases científicas más sólidas, a pesar que el método de por sí era mucho más eficaz y preciso que una identificación visual. Aun así, su fidelidad ha ido en aumento, formalizándose y normalizándose a nivel mundial e incluso utilizándose en varias materias de la ciencia y el conocimiento.

“En casos recientes, se ha exonerado a personas condenadas incluso a cadena perpetua y a la pena de muerte en su momento, sobre la base de su ADN. El primer caso fue el del estadounidense Kirk Bloodsworth, condenado a la pena de muerte en 1985 por el asesinato y violación de una niña de nueve años, pero la revisión del caso se produjo en 1992 con el resultado de que Bloodsworth quedó en libertad en 1993”⁸².

Otro caso muy reconocido a nivel mundial es el que salió en todos los medios televisivos y fue la clonación de la Oveja Dolly allá por el año 1997, siendo el primer animal mamífero clonado a partir de una célula adulta.

Para poder confirmar este experimento científico se debió acudir a la prueba de ADN y solo con ello se pudo comprobar que efectivamente se produjo la clonación y que el animal era idéntico al donante.

⁸² MORILLO, Augusto. “Dificultades de la prueba en procesos complejos”. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores

La autora del análisis, la doctora Esther Signer y su equipo fueron quienes comprobaron la hazaña científica “más allá de cualquier duda razonable que Dolly procede de una célula del tejido mamario tomada de la oveja adulta donante”⁸³.

En algunos países del mundo, el método de ADN suele ser voluntario para la comprobación de delitos u otros casos de identificación, mientras que en otros países se requiere de orden judicial, ya que su resultado es contundente al momento de probar culpabilidad en juicios, si así lo pretendiese beneficioso el juez de un caso.

Un avance en la utilización de pruebas biológicas como el ADN es el ocurrido en algunos países como los Estados Unidos, quienes han “creado bases de datos con los perfiles genéticos de muchos de sus habitantes que les facilitaría la resolución de casos criminales por comparación de perfiles”⁸⁴. En el país en mención, los estudios de pruebas biológicas continúan estudiándose para respaldar a la ciencia forense y a la medicina.

Hablando de los adelantos y estudios, en el año 2006 se publicó el resultado de un una investigación donde se exponía que “una única hebra de ADN puede proporcionar información de las recombinaciones ectópicas poniendo de manifiesto las diferentes vías de recombinación meiótica en el cluster de la α -globina y su relación con la deriva de poblaciones”.⁸⁵ Más

⁸³ GREGORIO, Alfonso. “Métodos y técnicas de investigación criminal”. Madrid. Editorial de Ciencias Policiales.

⁸⁴ GASCÓN, Marina. “Los hechos en el Derecho”. Bogotá. Editorial Temis

⁸⁵ RESTREPO Carlos, “Las Pruebas de Filiación: Apuntes de genética para abogados”, Editorial Universidad del Rosario, 1° edición.

adelante, halla por el año 2007, se publicó un nuevo estudio sobre “las regiones de los minisatélites altamente polimórficas (VNRT’s) en el flujo genético a través de la evolución de ratones”.⁸⁶

6. Metodología

Métodos

Para la investigación se utilizarán los siguientes métodos de investigación:

Método exegético.- Porque el investigador tratará de interpretar exclusivamente la voluntad del asambleísta, para determinar lo que quiso decir, buscando su pensamiento y tomando en consideración las necesidades del momento en que la aplicación de la ley ha de realizarse, examinando los trabajos preparatorios, exposiciones de motivos, analizando la tradición histórica y de la costumbre.⁸⁷

Método analítico.- Porque se desmembrará el problema, descomponiéndolo en sus elementos para observar las causas. Consiste en la extracción de las partes de un todo, con el objeto de estudiarlas y examinarlas por separado, en el caso del derecho, se estudiará un problema específico proveniente de una Ley para analizarlo en todas sus partes⁸⁸.

Método sintético.- El método sintético aplicado al área judicial busca una solución del caso; por ello es un método constitutivo y como la solución

⁸⁶MARTÍNEZ Salvador, “Medicina Legal: Su importancia, aspectos científicos, definiciones en Medicina Legal”, Editorial Y. 13° edición.

⁸⁷ TORRES, Fernando. “La enseñanza del Derecho”. Ediciones Jurídicas de Lima. Lima

⁸⁸ VERSALLES, René. “Jurisprudencia técnica”. Ediciones Edamel. Madrid.

que busca es material, se trata de un método constitutivo material. Consiste en reunir los distintos fragmentos de derechos materiales señalados por el método analítico y elaborar una solución material. El investigador utiliza este método porque investiga los hechos aparentemente aislados y formula una teoría que los unifica⁸⁹.

Técnicas e instrumentos

Las técnicas e instrumentos de investigación serán:

Encuesta.- Se usará para recolectar información de un universo de estudio, para conocer la realidad de la problemática y tratar de dar soluciones a los mismos, se la realizará por medio de un cuestionario elaborado con anticipación.

Entrevista.- Se utilizará esta técnica con el fin de obtener información de personas entendidas en la materia, para éste caso, se espera entrevistar a un Fiscal, a un perito en muestras biológicas y un experto médico. Se realizará por medio de preguntas claras y precisas que ayuden a comprender y solucionar el problema.

Observación Directa.- Porque se observará atentamente el caso, tomando información y registrándola para su posterior análisis. Será utilizada con mayor importancia porque se realizará un trabajo de campo continuo para determinar las influencias que intervienen en el problema.

⁸⁹ HERNÁNDEZ, Roberto. "Metodología de la investigación". McGraw Hill. Bogotá

8. CRONOGRAMA

N°.	Actividades	Meses																									
		Mayo				Junio				Julio				Agosto				Sept.				Oct.					
		Semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
1	Entrega del Proyecto de Investigación																										
2	Correcciones al Proyecto																										
3	Aprobación del proyecto																										
4	Recolección de información bibliográfica																										
5	Aprobación del modelo de encuesta																										
6	Redacción del capítulo I teórico																										
7	Corrección del Tutor																										
8	Aprobación del Capítulo I																										
9	Trabajo de campo (encuestas)																										
10	Tabulación de las encuestas																										
11	Análisis de los resultados																										
12	Revisión tutorial Cap. II																										
13	Corrección del Capítulo II																										
14	Redacción de conclusiones																										
15	Redacción de recomendaciones																										
16	Revisión tutorial del Cap. III																										
17	Corrección del Cap. III																										
18	Estructura de la propuesta																										
19	Revisión tutorial de la propuesta																										
20	Aprobación del 1er borrador																										
21	Revisión de lectores																										
22	Aprobación total de la Tesis																										
23	Defensa de la tesis																										

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1. Recursos Humanos.

Investigador: Wilson Chamba

Tutor:

Lectores

8.2. Recursos Materiales y Costos.

Recursos materiales

#	CONCEPTO	VALOR DÓLARES
1	Material de oficina	100
2	Copias	10
3	Internet	50
4	Movilización trabajo de investigación	20
5	Empastados	60
6	Cartuchos	150
7	Resma de papel	8
8	Bibliografía	120
6	Varios	20
TOTAL		538

Costos

RUBRO	VALOR
Asesor	300.00
Digitado	150.00
Cartuchos de impresión	150.00
Resmas de papel	8.00
Empastados	24.00
Derecho de grado (por confirmar)	400.00
TOTAL	1.032.00

8.3. Financiamiento.

El financiamiento lo hará en un 100% el investigador proponente de la presente tesis.

9. BIBLIOGRAFÍA

AMIEIRO, Edgar. "Teoría de la identificación criminalística". La Habana. Editorial MEC

CASTILLO, Oswaldo. "La identificación de criminales a través del ADN". Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, pp.135.

FERRAJOLI, Leonard. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Madrid: Editorial Trotta

GASCÓN, Mariana. "Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN". Bogotá. Leyes Editores.

GASCÓN, Marina. "Los hechos en el Derecho". Bogotá. Editorial Temis

GREGORIO, Alfonso. "Métodos y técnicas de investigación criminal". Madrid. Editorial de Ciencias Policiales.

HERNÁNDEZ, Roberto. "Metodología de la investigación". McGraw Hill. Bogotá

MARTÍNEZ Salvador, "Medicina Legal: Su importancia, aspectos científicos, definiciones en Medicina Legal", Editorial Y. 13° edición.

MONTESDEOCA, Carlos. "Práctica del proceso penal". Quito. Editorial Abya-Yala

MORILLO, Augusto. "Dificultades de la prueba en procesos complejos". Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores

RESTREPO Carlos, “Las Pruebas de Filiación: Apuntes de genética para abogados”, Editorial Universidad del Rosario, 1° edición.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, No. 8/1992 del 16 de enero del 2002. Citado por Muñoz Arnau Juan, Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español. Ad. Aranzadi, Pamplona, España, 1998.

TORRES, Fernando. “La enseñanza del Derecho”. Ediciones Jurídicas de Lima. Lima

UNODC. “Manual sobre los delitos relacionados con la identidad”. Viena. Naciones Unidas

VERSALLES, René. “Jurisprudencia técnica”. Ediciones Edamel. Madrid.



ANEXO 2: ENCUESTA

ENCUESTA

Soy Estudiante del X Módulo, de la Carrera de Derecho, Modalidad de Estudios a Distancia, de la Universidad Nacional de Loja, y estoy realizando una investigación sobre la “VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ADN INDIRECTAMENTE OBTENIDA FRENTE A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”. Tenga la amabilidad de apoyarme contestando sinceramente las preguntas abajo descritas. Por favor marque con una “X” en el espacio que corresponda a la respuesta apropiada.

1. ¿Indique usted si conoce en que consiste el examen biológico del ADN?

Si		No		No responde	
----	--	----	--	-------------	--

2. ¿Conoce usted en qué consiste el derecho de objeción de conciencia?

Si		No		No responde	
----	--	----	--	-------------	--

3. ¿Considera usted que la obligatoriedad del examen de ADN en delitos penales, atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad del individuo?

Si		No		No responde	
----	--	----	--	-------------	--

4. ¿En su opinión y experiencia en qué medida puede ser decisivo el examen de ADN en la investigación de delitos penales?

Muy decisivo		Poco decisivo	
Nada decisivo		No sabe /no responde	

5. ¿Cree usted que la “objeción de conciencia” no debería impedir un examen de ADN indirectamente obtenido en delitos penales?

De acuerdo		En desacuerdo		No sabe /no responde	
------------	--	---------------	--	----------------------	--

6. ¿Piensa usted que debería regularse el examen de ADN indirectamente obtenido en delitos penales?

Si		No		No responde	
----	--	----	--	-------------	--

7. ¿Considera usted que se debe reformar el numeral 1 del artículo 459 del COIP, para que la prueba biológica del ADN indirectamente obtenida, pueda admitirse en el proceso penal ante la negativa del sospechoso o procesado?

Si		No		No responde	
----	--	----	--	-------------	--

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.1.1. La prueba en materia penal.....	8
4.1.2. Prueba documental	8
4.1.3. Prueba testifical	10
4.1.4. Perito	10
4.1.5. Prueba pericial	11
4.1.6. Valoración de la prueba.....	11
4.1.7. Genoma humano y Derecho.....	12
4.1.8. Objeción de conciencia.....	15
4.2. MARCO DOCTRINARIO	20
4.2.1. Evolución del descubrimiento y estudio del Genoma Humano.....	20
4.2.2. Influencia en el Derecho	24
4.2.3. El ADN como Medio de Prueba en el Derecho	28
4.2.4. La prueba científica de ADN en el proceso penal.....	32
4.2.5. La prueba en el derecho procesal ecuatoriano.....	35
4.2.6. La Carga de la Prueba.....	37
4.2.7. Presunción de inocencia	39
4.2.8. Medios de Prueba.	41

4.2.9. Prueba obtenida indirectamente.....	42
4.3. MARCO JURÍDICO	49
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador	49
4.3.2. Código Orgánico Integral Penal	56
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA	59
4.4.1. Estados Unidos	59
4.4.2. Canadá.....	64
4.4.3. España.....	66
5. MATERIALES Y MÉTODOS	71
5.1. Materiales utilizados.....	71
5.2. Métodos	71
5.2.1. Método exegético	71
5.2.2. Método analítico	71
5.2.3. Método sintético	72
5.3. Procedimientos y técnicas	72
5.3.1. Procedimientos.....	72
5.3.2. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos	74
6. RESULTADOS	75
6.1. Procesamiento de datos.....	75
6.2. Análisis de resultados.....	75
7. DISCUSIÓN	84
7.1. Verificación de objetivos	84
7.2. Contrastación de hipótesis.....	86
7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.....	86
8. CONCLUSIONES	89
9. RECOMENDACIONES.....	90
9.1. Propuesta de reforma jurídica	91
10. BIBLIOGRAFÍA	96
11. ANEXOS	101
INDICE	120