

VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS PERICIALES DE IDENTIFICACIÓN

BALDOMERO CASADO RAIGÓN

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba

INTRODUCCIÓN Y MÉTODO DE VALORACIÓN

El establecer unos hechos probados en la sentencia, ha de corresponder al resultado de la prueba practicada en el juicio y en consecuencia a la valoración de ésta. Obviamente, hemos de centrar nuestra intervención, cifrándonos exclusivamente, a la pericial, y dentro de ésta, congruentes con el título de la Colaboración "Valoración Judicial de las Pruebas Periciales de Identificación", a aquella que tiene por objeto la determinación del autor de un hecho punible.

A diferencia del sistema de prueba legal del método inquisitivo, el proceso acusatorio y oral, se basa en el principio de libre valoración. "El Tribunal apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio". (art. 471 LECrim).

El sistema de prueba tasada suponía que el propio ordenamiento jurídico recogiese, en forma legal, una serie de máximas de experiencia, con arreglo a las cuales los hechos habían de estimarse como probados, con independencia de la convicción del juzgador, una vez cumplidos determinados requisitos y formas. El sistema de aplicación aún, en algunos aspectos del proceso civil, consistía, en esencia, en la sustitución del razonamiento del juez por el del legislador, que establecía en sus normas el valor que había de darse a cada medio probatorio, degradando así el papel del juzgador, que se convertía en mero autómatas en la aplicación del derecho.

Como consecuencia del afianzamiento de la institución del jurado en los sistemas continentales y la dificultad que para sus componentes suponía el conocimiento y la comprensión de las complejas reglas de valoración tasada, obligó al legislador a un cambio de concepción, adoptándose por éste, como más acorde con la nueva realidad y con el escueto carácter del veredicto del jurado (culpable o no) la libre valoración, que no significa que el juzgador sea libre de seguir su capricho, sus impresiones o sus sospechas, sino que supone una deducción lógica que parte de unos datos fijados con certeza. O como establece el art. 717, al referirse a la prueba testifical, el juez valorará sus percepciones "según las reglas del criterio racional".

Para este sistema, para que el juez adopte una decisión, ha de estar plenamente convencido. No basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha. En los supuestos de indeterminación del hecho, rige plenamente el principio de *in dubio pro reo*, que puede formularse así: la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia.

La formulación en la Constitución, del principio de presunción de inocencia (art. 242) que exige, a través de la interpretación que del mismo hace el T.C. a partir de la sentencia de 28-07-81, que para que ésta se destruya exista en el proceso una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías y que pueda considerarse de cargo", así como la necesidad que establece el art. 120.3, también de la CE, de que las sentencias sean siempre motivadas, ¿supone la introducción de un nuevo sistema de valoración de la prueba?

El T.S. entiende que no y así la sentencia de 12-07-90 dice: la consagración en la CE, de la presunción de inocencia no supuso la derogación de lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim, sino que su trascendencia se circunscribió a la recta inteligencia de dicho precepto, que no concede a los tribunales, la arbitrariedad, ni la posibilidad de guiarse por suposiciones, impresiones o intuiciones, ni de aprovechar con fines probatorios lo impalpable o inaprehensible, sino que, antes al contrario, podrán valorar las pruebas en conciencia, siempre que las haya y por consiguiente se haya practicado un mínimo de actividad probatoria de cargo, que se refiere tanto a los componentes subjetivos como a los ingredientes objetivos de la infracción de que se trate y que se haya llevado a cabo con estricta observancia de las garantías proce-

sales y respecto a los derechos fundamentales reconocidos por las leyes.

La de 27-07-90 también hace compatible el art. 741 de la LECrim con el 120-3 de la CE y así dice: El Tribunal tiene la facultad de valorar en conciencia, conforme la reconoce el art. 741 de la LECrim, las pruebas practicadas en el juicio, pero tiene el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el art. 120-3 de la CE, a fin de acreditar públicamente que no se trata de una actuación arbitraria (art. 9º.3 de la CE) y de permitir un correcto uso del derecho a recurrir y una mejor comprensión de la resolución impugnada, por parte del órgano judicial, que en su caso debe resolver el recurso.

Un argumento como el contenido en este último inciso pudo haber dado pie a Almagro Nosete a realizar el siguiente comentario: "La cuestión, en efecto, radica en saber si es posible hablar de un verdadero sistema de libre apreciación de las pruebas, cuando el razonamiento que lleva a la convicción no está exento de control jurisdiccional superior. No cabe duda que es esta la madre de todos los equilibrios. En definitiva, se plantea si, caso de admitir un control, no se estaría potenciando la aparición de una versión de las pruebas legales, pero devaluada por su transformación en pruebas jurisprudenciales. En otras palabras, si la característica de la prueba legal es que su valor viene predeterminado por el legislador, la característica de la prueba jurisprudencial, se correspondería con la adecuación de su valor a criterios jurisprudenciales predeterminados." Nosotros consideramos bastante acertada esta opinión, que después trataremos de fundamentar.

A la luz de estos criterios hemos de preguntarnos ahora ¿en qué momento procesal producen eficacia contribuyendo a la formación de la convicción del juez la práctica de las pruebas periciales de identificación y en qué manera vinculan al Tribunal?

Respecto al primer interrogante dice la S.T.S. de 22-12-89 que "la doctrina reiterada de esta sala, coincidente con la emanada del T.C., sostiene que los medios válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son en principio los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, sin que puedan entenderse, en un sentido tan radical, que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el Ordena-

miento procesal establecen, siempre que puedan contrastarse en el acto del juicio.

Entre las de muy difícil o imposible reproducción se señalan algunas sentencias, los certificados médicos, registros domiciliarios, determinación de alcoholemia, prueba dactiloscópica, etc., a los que se les dota de eficacia siempre “bajo control de posible contradicción” y “desde el área del principio de publicidad”. Es más, atenuando el rigor de esta jurisprudencia, recientes sentencias 5-02-91, 12-11-90, 15-10-91, establecen que no se limitan las posibilidades de defensa cuya garantía es lo que justifica los formalismos y previsiones legales, la no presencia física en el acto del juicio oral de los funcionarios que hubieren emitido el informe, que tan sólo es exigible en el caso de que así se hubiere solicitado por las partes en el escrito de conclusiones, en cuanto dado que el resultado de la prueba es perfectamente conocido por el procesado, éste se halla en condiciones de contradecirla o atacarla, por lo que cuando esto no se ha hecho, el dictamen pericial no pierde el valor inicial, aun sin necesidad de ratificación en el acto del juicio oral. Tales sentencias se refieren respectivamente a un informe dactiloscópico, pericial balístico y de estupefacientes.

En base a esta doctrina, la Instrucción 9/91 de 26 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre “Algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes”, que, aunque referida a ese tipo de delincuencia contiene potencialidad generalizadora a otras pericias, informa a los fiscales que existe la posibilidad procesal, desde una perspectiva constitucional, de someter los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como prueba preconstituida y de realización anticipada, que despliega toda su validez, si no son impugnados por ninguna de las partes, ya que se trata de pruebas documentadas que pueden ser examinadas por el Tribunal conforme el art. 726 de la LECrim.

La segunda de las interrogantes plantea: ¿en qué manera vinculan al juez los dictámenes periciales?, ¿es totalmente aplicable para ellos el principio de libre apreciación del ya citado art. 741 de la LECrim?

En un principio así parece. El auto del T.C. 868/86 afirma con rotundidad: “Los informes periciales no vinculan de modo absoluto al juez porque no son en sí mismos manifestación de una verdad incontrovertible y la sentencia del T.S. de 27-09-90, abundando

en la tesis de que esa facultad es omnímoda y no puede ser cuestionada incluso en casación o en amparo, explica: Tal facultad de libre valoración de la prueba que le corresponde al tribunal *a quo* no puede ser revisada de nuevo ni por este Tribunal Supremo cuando entiende el recurso de casación, ni por el Tribunal Constitucional cuando conoce el recurso de amparo.”

Ahora bien, a pesar de estas rotundas afirmaciones, hemos encontrado en algunas sentencias atisbos de pruebas legales o mejor dicho utilizando la terminología a que antes nos referíamos pruebas jurisprudenciales, lo que confirma en cierta manera la tesis antes expuesta de Almagro Nosete. Así la de 17-09-88, que aunque comienza afirmando que “el carácter documental de los informes periciales a los efectos del art. 849 2 de la LECrim ha sido negado en repetidas oportunidades por la jurisprudencia de esta Sala ya que ni por su contenido, ni formalmente, encierra una verdad, *erga omnes*, absoluta, patente e irrefutable”, sin embargo, continúa diciendo, que estos principios han reconocido de todos modos excepciones”. Y así establece que el “informe pericial puede ser el fundamento de la impugnación de los hechos probados siempre que: 1º exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y la Audiencia, sin haber dispuesto de otras pruebas sobre los mismos extremos, fácticos, lo haya o los haya tomado como base única de la declaración, aunque de un modo incompleto, fragmentario o mutilado, o bien: 2º cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, la sentencia llega a conclusiones diametralmente divergentes de las de los informes periciales.

El fundamento de esta jurisprudencia se encuentra en la exclusión de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 de la CE. Ciertamente los tribunales no están vinculados a las conclusiones de los peritos. Sin embargo, cuando la determinación de los hechos requiere conocimientos científicos o técnicos especiales, los tribunales sólo se pueden apartar de los informes periciales a condición de que existan razones objetivas que lo permitan y justifiquen. En el mismo sentido la S.T.S. de 28-2-92.

Por último, hemos de aludir también, como una faceta más de los problemas que plantea la valoración de la prueba, al tratamiento que ha de darse a la que es obtenida irregularmente.

El problema se ha suscitado recientemente en este país. Lo que se explica por el tardío advenimiento de la democracia constitucional, a partir de la cual se comenzó a plantear la cuestión de la prueba prohibida e ilícitamente obtenida. El T.C. la aborda por primera vez en su sentencia 55/82, de 26 de junio, en la que advertía que la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba "que haya llegado con las debidas garantías al proceso". Ahora bien, en este punto conviene distinguir con carácter previo entre aquellas pruebas obtenidas ilícitamente por violentar directa o indirectamente derechos o libertades fundamentales (art. II-I L.O.P.J.) de aquellos otros en que la prueba se obtiene irregularmente, por no haberse ajustado su práctica a las prevenciones de la LECrim y demás disposiciones aplicables. A este respecto nos dice Ruiz Vadillo: "La prueba es ilegal o prohibida cuando se falta en su origen y/o desarrollo a un derecho fundamental; por ejemplo, una entrada y registro sin mandamiento judicial o una intervención de correspondencia postal, telegráfica o telefónica sin cumplimentar esta exigencia fundamental de la autorización del juez, son pruebas radicalmente nulas. En estos casos de la prueba así practicada, nada puede obtenerse en contra del reo. De no ser así todo el sistema legal se vendría abajo." Sigue diciendo: "Ahora bien, una cosa es prueba radicalmente nula y otra distinta, prueba irregular. Respecto de esta última, es evidente que lo que se pretendía probar con la diligencia irregular se podrá acreditar por las mismas personas que presenciaron la prueba y que estuvieron, por consiguiente, como testigos de ella. La sentencia del T.S. de 16-10-92 estudia estos supuestos. Hay un punto, nos dice, en el que la jurisprudencia de esta Sala se manifiesta absolutamente concorde: El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio exige que la autorización de una entrada sólo pueda realizarse si media consentimiento del titular del derecho, en caso de flagrante delito o si media resolución motivada, dejando aparte supuestos especiales previstos legalmente. La inexistencia de esa autorización judicial, cuando no concurren los demás supuestos previstos en el art. 18 de la Constitución, supone la lesión al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y, por tanto, la nulidad de la diligencia.

En el supuesto en el que medie autorización judicial, pero la diligencia no se efectúa en presencia del secretario judicial, la doc-

trina la Sala segunda del T.S. ha presentado las siguientes alternativas.

- a) La de entender que la ausencia del secretario judicial acarrea que el acta levantada en dicha diligencia no constituye prueba válida y por lo tanto no puede tener eficacia en el juicio oral. "Ahora bien, como la realización de una entrada y registro así practicada no vulnera ningún derecho constitucional, la consiguiente invalidez del medio probatorio no implica la nulidad e ineficacia plenas e insubsanables de dicho acto, por lo que los datos objetivos obtenidos en el mismo pueden ser acreditados por otros medios de prueba (normalmente por el testimonio de los que intervinieron y presenciaron dicha diligencia e, incluso por el propio reconocimiento del interesado."
- b) La segunda alternativa se manifiesta en la sentencia 31-03-1992, que resumiendo la doctrina jurisprudencial recayente, afirma que la falta de presencia del Secretario supone "una grave irregularidad y la consiguiente ineficacia probatoria absoluta de la diligencia de registro practicada", argumentando la sentencia 24-03-92 que "cuando el funcionario policial actúa como delegado del juez instructor, su situación se transmuta, de alguna manera, en actividad judicial y la diligencia adquiere, por consiguiente, ese carácter...". Será absurdo, concluye, que si el juez ha de formar el sumario en presencia del secretario, una diligencia esencial, como la entrada y registro efectuada sin la presencia del secretario, pudiera sanarse por la declaración testifical de quienes la llevan a cabo.

En cuanto a la eficacia probatoria de la diligencia de entrada efectuada sin la presencia de secretario judicial, tras descartar que pueda tratarse de una prueba preconstituida, y de su convalidación por el testimonio de quienes han contribuido a la irregularidad de la prueba, afirma que es unánime la posición de la Sala en torno a que "los testigos, imputados y coimputados sí pueden comparecer y sus declaraciones ser válidas en el sentido tradicional de la expresión. Es decir, si el inculcado reconoce ante el Juez que en su domicilio, cuyo registro a efectos

jurídicos se reputa nulo, como se ha dicho, tenía una balanza de precisión o un dinamómetro y tales o cuales sustancias, aunque afirma que eran para su propio consumo, es obvio que el juzgador podrá inferir de tales manifestaciones el ánimo de traficar al unir lo que el acusado dice con la realidad que le rodea”.

La diferencia entre estas dos alternativas jurisprudenciales radica, por lo tanto, en el valor que haya de darse a la testifical de los funcionarios de policía que intervinieron en la diligencia, practicada en ausencia del secretario judicial. La primera posición reseñada admite esa convalidación o “sanación” de la prueba irregular, a través de la testificación de los funcionarios de policía que la practican, que, por lo tanto, es susceptible de ser apreciada y valorada por el Tribunal de instancia. La segunda, por el contrario, no lo admite, pero ambas posiciones coinciden en admitir que la ausencia del secretario judicial no supone una lesión al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y que lo hallado en una entrada y registro puede ser valorado a través de la declaración de los imputados o de testigos ajenos a la comisión delegada para su práctica.

El T.S., como vemos, es rotundo en afirmar la nulidad absoluta de la prueba obtenida vulnerando “directamente” un derecho fundamental. Pero que sucede cuando la violación del derecho se hace “indirectamente”. La sentencia del T.S. de 07-02-1992 trata así la cuestión:

- a) La obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al art. 11.1 de la L.O.P.J. violando o vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida lícitamente lo es en base a otra actividad que de manera directa ha vulnerado un derecho fundamental.
- b) Así, se pone como ejemplo doctrinalmente el caso en que en un interrogatorio en que se vulneran derechos fundamentales se encuentran en actuación de entrada y registro efectuada con mandamiento judicial, armas, efectos de un robo o sustancias tóxicas. El tema en tales casos es el de determinar si la irregularidad irradia sus efec-

tos a la totalidad de la prueba en virtud de la denominada “doctrina de los frutos del árbol envenenado” propia del derecho anglosajón (*Fruits of the poisonous tree doctrine*) o si, por el contrario, no existe una relación de interdependencia entre el irregular y el regular y por ello este último debe ser reputado eficaz para enervar la presunción de inocencia.

- c) Es razonable la solución doctrinal que en tales casos distingue entre los supuestos en que simplemente se da noticia de un hecho y aquellos en los que a la verificación de un hecho (hallazgo de los objetos) se trata de sobreañadir una consecuencia probatoria contra el acusado (por ejemplo, que él/ellos depositaron los objetos y tenían disponibilidad sobre ellos). En este segundo caso, la prueba sería ilícita, en tanto que en el primero, al no tener el contenido de la confesión ninguna virtualidad probatoria, ni siquiera indicaría, no podría ser reputada como prueba ilícitamente obtenida.

MEDIOS CONCRETOS DE IDENTIFICACIÓN CRIMINAL MEDIANTE PRUEBA PERICIAL Y SU VALORACIÓN

El esclarecimiento de un hecho punible exige la realización de una investigación lo más completa posible, actuando en torno a lo que en terminología de la LECrim se denomina cuerpo, efectos e instrumentos del delito. Ello exige la práctica de determinadas pruebas sobre objetos de la más variada índole con el fin de lograr la fijación de los hechos y sus circunstancias.

Sin propósito de ser exhaustivos, mencionaremos algunos de los que pueden ser utilizados en una pericia: papel, escritura, fotografía, sangre, semen, orina, saliva, sudor, heces, alimentos, tierras, huellas, voz, grabaciones, pintura, cristales, armas, sustancias químicas, pelos, restos óseos, residuos, etc.

¿Son admisibles todos ellos? Indudablemente que sí. Su limitación no vendría dada por la naturaleza del objeto sobre el que recaiga la prueba, sino en virtud de otros criterios que expone con precisión la sentencia del T.C., de 10-04-86. 1ª) La de la pertinencia de la prueba, que es la relación

que la misma guarda con lo que es objeto del proceso y con lo que constituye el *thema decidendi*, para el Tribunal y expresa la capacidad de los hechos para formar la convicción del órgano, y 2ª) el de su relevancia, que consiste en un juicio de necesidad o grado de utilidad. Una prueba es impertinente cuando por su contenido se pone de relieve la inoperatividad de la misma, bien, por estar el hecho absolutamente acreditado o por haber perdido la prueba su vigencia.

No podemos referirnos, obviamente, en el tiempo de que disponemos, a todos, ni con la extensión y profundidad que hubiese deseado. Hablaremos de los más comunes y de aquellos otros que creo puedan ser de interés.

A) Reconocimiento por medio de fotografía

Hacemos mención de este método de identificación, porque a pesar de su gran utilidad práctica lo hemos visto muy pocas veces propuesto como prueba. Es más, no hemos encontrado ninguna sentencia del T.S. y T.C. que se refiera a él. No nos referimos aquí al reconocimiento que pueda hacer un testigo sino a la comparación que a través de un estudio técnico puede hacer un organismo o perito (me consta que puede realizarlos el Instituto Nacional de Toxicología, por ejemplo) de las fotos tomadas durante un atraco, con las fichas policiales del sospechoso.

El problema fundamental de esta pericia radica en la calidad de la imagen, que depende de la tecnología empleada en la captación de la misma y de las circunstancias en que es captada (movimiento, luz, inclinación de los rostros, etc.).

El estudio se basa en ir definiendo las características de cada rasgo de la cara (frente, ojos, cejas, boca) pudiendo analizarse hasta un número de 65 y otras del resto del cuerpo, utilizándose como técnicas, la inspección ocular simple, el fotomacroscopio, el calibrado, localizando y trazando una serie de puntos y líneas antropomórficas de referencia.

Una vez realizado el estudio sobre el atracador y el sospechoso, si todos los rasgos de la cara coinciden sin excepción ni duda, es absolutamente fiable para descartar a un sospechoso, y nunca asegura al 100 por 100 la probabilidad de que sospechoso y atracador sean la misma persona, aun cuando sea prácticamente imposible que no sea así.

Indudablemente tendría el carácter de indicio y habría que completarla con otras pruebas.

En cuanto al reconocimiento realizado a través de la exhibición de fotografías, algún autor como Luzón Cuesta la considera como prueba válida e idónea siempre que posteriormente se ratifique judicialmente. Sin embargo, alguna sentencia de la A.P. de Madrid dice que tal diligencia debe ser seriamente cuestionada en su virtualidad, aun cuando a la exhibición de las instantáneas con resultado positivo sigue un reconocimiento en rueda también en Comisaría, porque priva de operatividad procesal y de toda fiabilidad a una ulterior diligencia de ese género llevada a cabo en sede judicial, aun cuando lo fuera con todas las garantías. Reciente jurisprudencia la circunscribe al ámbito policial que inicia mediante ella una línea de investigación, pero sin que por ello queden viciados posteriores reconocimientos. Así, la del T.S. de 07-10-91 dice:

Cuando se denuncia un hecho delictivo cuyo autor desconoce el denunciante o el testigo presencial, la Policía judicial debe iniciar un proceso de investigación cuyos primeros pasos consisten en mostrar a los perjudicados o testigos presenciales el álbum de fotografías de posibles sospechosos existentes en Comisaría o archivos policiales. Esta diligencia no tiene el más mínimo valor probatorio y ni siquiera tiene la consideración de una denuncia formal y concreta, sirviendo únicamente como pauta investigadora para que la Policía inicie su trabajo de investigación y localización del sospechoso.

Esta somera y dubitada identificación inicial tiene que ser corroborada a lo largo del desarrollo de las investigaciones, por lo que su práctica no sólo no vicia las posteriores identificaciones, sino que sirve para corroborar la firmeza y seguridad del testigo, de tal manera que la ley exige que se añadan una serie de dificultades y se tomen determinadas garantías en orden a una identificación más contrastada y consistente. Es en este momento procesal, en el que se va a llevar a efecto la identificación del señalado como autor, cuando deben adoptarse todas las previsiones que la Ley Procesal contempla a lo largo de los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se cumplen estos requisitos, la diligencia será válida sin perjuicio de su posterior ratificación en las sesiones del juicio oral salvo los supuestos en que se haya practicado como prueba anticipada.

B) Reconocimiento a través de la voz reproducida por medios mecánicos

Carece, dice la sentencia del T.S. de 17-05-89 de perseidad probatoria al ser dato de común experiencia, las habituales y cada día más perfeccionadas técnicas de mixtificación tanto a partir de sustitución espúrea (imitación) como de intercambio de palabras para lograr un conjunto diferente al real (montaje). Sin embargo, reconoce la citada sentencia que las cintas reproductivas tienen una naturaleza común a las de cualquier documento en el doble sentido de tratarse de instrumentos muebles y reproducir más o menos fidedignamente algo. En todo supuesto documental es necesario un plus de credibilidad, que en el documento público escrito viene dado por la autoridad de la fe pública, en el privado por el reconocimiento de los intervinientes y subsidiariamente por la adveración pericial de la suscripción y en los supuestos de reproducción mecánica puede operar en dos direcciones distintas: a) como objeto de prueba, en cuanto pericialmente se estime que la voz corresponde efectivamente a la persona, b) como tal documento, cuando la reproducción que hace de un hecho pasado sea advenida por distintos medios probatorios, cual el testifical. Esto es lo que ocurrió en el supuesto contemplado en la sentencia, en el que el acto del juicio oral o plenario, el moderador de una tertulia radiofónica, tras la audición de la cinta manifestó que respondía a la realidad de lo expuesto por el procesado, por lo que la existencia de la prueba incriminatoria no viene dada por la cinta en sí misma, sino por una de carácter testifical.

No obstante, ello podría también haberse realizado la prueba mediante la comparación de la voz dubitada con otra indubitada, obtenida con las debidas garantías técnicas, pues la ciencia nos ofrece hoy la posibilidad de realizarla con una alta probabilidad de certeza.

C) Identificación telefónica

Es hoy día un procedimiento de gran importancia en la investigación criminal. Ahora bien, al tratarse de una intromisión de la intimidad personal (art. 18-1 CE), habrá de realizarse para que produzca los efectos perseguidos ajustándose a la más estricta legalidad. Hay que entender además que es una medida *post delictum*, adoptada des-

pués de tener el juez la noticia *criminis*. Así, el párrafo 3º del citado art. exige que sea mediante resolución judicial y lógicamente motivada, por imperativo del art. 120-3 de la CE. La motivación nos indicará de otro lado la proporcionalidad de la restricción de ese derecho, pues habrá que entender que sólo en supuestos de hechos graves y en razón de lo que se puede deducir o investigar se podrá conceder la autorización. También hay que destacar que las distintas fases de la intervención, como la de captación, grabación y transcripción, habrán de practicarse con todas las garantías tanto constitucionales como las de procedimiento, para que, como señala la sentencia del T.S. de 25-09-90, merezca la calificación de medio probatorio en orden a enervar la presunción de inocencia y siempre desde luego con la limitación temporal que impone el nº 3º del art. 579 de la LECrim. Nos estamos refiriendo a supuestos normales, no a intervenciones realizadas para la averiguación de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas que están sujetas a normativa especial. Respecto al valor probatorio de esta prueba, la S.T.S. de 14-11-90, que sigue la línea marcada por otras anteriores, nos lo describe gráficamente: "ante el Juzgado compareció un policía que manifestó haber actuado en las escuchas, las grabaciones y las transcripciones y ser veraz, lo aportado. Ese mismo agente compareció en juicio y cual testigo, art. 717 LECrim, declaró sobre ello. El secretario judicial a quien los arts. 281-1 y 473-1 de la L.O.P.J. atribuyen la fe pública, ha adverado la fidelidad de la transcripción. Por todo lo cual debe reconocerse al documento que contiene el traslado de las comunicaciones telefónicas, la virtualidad de un medio que, habiendo sido sometido desde el origen de su obtención hasta el juicio oral a las oportunas garantías constitucionales y ordinarias, ha podido tener fuerza probatoria.

Su valor es el de una prueba indiciaria, incluso en los casos en que el propio acusado haya manifestado en la conversación intervenida, que él realizó el acto delictivo.

D) Identificación dactiloscópica

El hombre lleva en sus manos el sello indeleble e irreplicable de su identidad, dice la S.T.S. de 05-02-91. Efectivamente, la existencia de ocho o diez puntos o características comunes entre la prueba encontrada en el lugar del crimen con la del acusado, con

igual emplazamiento morfológico y topográfico y sin ninguna desemejanza natural entre ellas, la hacen por entero fiable, por la absoluta e inequívoca singularidad de cada huella dactilar y su invariabilidad a lo largo de toda la vida humana. Son perennes, inmutables y diversiformes. Estos tres caracteres constituyen el dogma fundamental de la dactiloscopia que permitieron exclamar a Vucetich, citado por De Diego Díaz: "todo es mudable en la vida menos el esquema digital".

Los informes de identificación dactiloscópica de la policía tienen, *lato sensu*, carácter pericial, pues en ellos se consignan apreciaciones sobre los hechos, que se apoyan, antes que en la percepción sensorial del informante, en conocimientos técnicos especializados. Asimismo, este tipo de informes comparte con los test de alcoholemia la característica de que ambos tienen por objeto huellas de muy difícil conservación.

Esta última peculiaridad hace que se le pueda otorgar el carácter de prueba preconstituida. Así, la S.T.S. de 3-03-89 nos dice: "Sin que se pueda aceptar que al no ser reproducida en el acto del juicio oral se hayan dejado de observar o respetar los principios de contradicción, intermediación y oralidad, ya que todos ellos tienen como finalidad proscribir la indefensión, la que no pudo producirse, ya que el procesado conoció el resultado de la prueba con anterioridad a la formulación del escrito de conclusiones, por lo que tuvo ocasión de articular la conducente a contradecir lo que en el informe pericial se decía, o que no existía identidad o semejanza entre las huellas del procesado y las que fueron objeto de análisis y del correspondiente informe, por lo que, al no haber articulado prueba, ha de admitirse el valor total del mismo, sin que constituya óbice para estimarlo así el que los funcionarios que lo emitieron no hayan comparecido o ratificado el mismo en el acto del juicio oral.

Asimismo, por su naturaleza, tiene carácter de prueba incidiaria. "Acreditada por los informes periciales la coincidencia de la huella obtenida con la perteneciente al correspondiente dedo del sospechoso, lo único que queda probado es que dicho sospechoso estuvo en el lugar donde fue hallado el objeto." Esto no es una prueba directa de la participación en el hecho delictivo, sino sólo un indicio respecto de tal participación.

Respecto de su valor, numerosísima jurisprudencia la califica como "absolutamente

fiable", siempre, claro está, que haya sido practicada con las formalidades legales.

E) Identificación a través del semen

Los avances de la ciencia, en lo que a la biología se refiere, permiten hoy día, mediante el empleo de métodos muy avanzados, obtener una gran certidumbre en el diagnóstico individualizador a través de procedimientos para obtener la denominada huella genética y código genético. La evolución ha sido muy rápida en los últimos tiempos. Si hasta hace muy poco, a través del análisis de sangre, saliva o esperma, sólo se lograba descartar la participación de una persona en un hecho mediante la comparación de los grupos sanguíneos, hoy en día a través de los sistemas de Rh ABO, métodos eritrocitarios, HLA, etc., y últimamente, sobre todo, el DNA y ADN, según el idioma al que correspondan las siglas, se puede obtener una identificación prácticamente segura, con índices que llegan hasta el 99,9 por 100 de probabilidad. Estos métodos son muy usados también, en las acciones de filiación, tanto de reclamación como de impugnación.

En la S.T.S. de 13-07-92, de la que fue ponente Ruiz Vadillo, se valoró como indicio, que, junto a otras pruebas, determinó la condena de su autor como responsable de un delito de violación, la pericial realizada por la cátedra de Medicina legal de la Universidad de Zaragoza y la de Santiago de Compostela, en la que tras la comparación de las muestras tomadas en el curso de la autopsia procedentes de vagina, recto y tierra hallada en zona genital de la víctima que contenían esperma, con el del propio procesado, existían ocho marcadores genéticos que determinaban que la probabilidad de que en la población exista un individuo portador de esos marcadores sea de 1,28 por 100.

Veamos cómo razona la citada sentencia. En el fundamento séptimo párrafo, 7, se dice: "Dicha muestra de semen obtenida del trapo ocupado en el vehículo" (se da por indubitado que contenía esperma del procesado) fue analizada y se detectaron los ocho marcadores genéticos que a continuación se indican, presentes también en el interior de vagina y ano de la víctima y asimismo en la sangre del procesado: ABO, Alfa 1 Antitripsina, etc.

La probabilidad de que en la población exista un individuo portador de esos marca-

dores genéticos es, dentro de las apreciaciones científicas, del 1,23 por 100, si utilizamos para el cálculo de frecuencias la población gallega, y del 1,28 por 100 la aragonesa, es decir, en el segundo caso, que es el que nos interesa, de cada 100 personas segregadoras de semen, sólo en el 1,28 por 100 se cumpliría el análisis efectuado, lo que a su vez supone que de 100 personas que hubiesen pasado por aquel lugar, eliminando las mujeres y las personas del género

masculino no segregadoras de semen, era reducidísimo el número de valoraciones en los que el análisis se cumplía, siendo por consiguiente el porcentaje de error prácticamente inexistente.

Inferir de todo ello, como hace con acierto la sentencia de instancia, la autoría del procesado constituye la consecuencia de una reflexión llena de lógica y conforme a las reglas de la experiencia, donde prácticamente nada queda a la duda o incertidumbre. ■