

## **Amalia Fustero Bernad**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia de la FICP.

### **~La prueba científica en el proceso penal español, el test de la verdad~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

En nuestro proceso penal, las pruebas científicas, son consideradas las más modernas técnicas de verificación. Los avances científicos y técnicos colaboran en la investigación, y consecuente, en la averiguación del ilícito penal.

Como en toda prueba realizada en el proceso penal español entra en juego, por encima de la fiabilidad del desarrollo de la misma, si en su realización se protegen y garantizan los derechos fundamentales del sujeto al que se está analizando.

En la presente comunicación analizaremos como técnica pericial la utilización del test P 300, o también denominado test de la verdad, en nuestro proceso penal.

El referido test consiste en una técnica electroencefalográfica capaz de detectar estímulos neurológicos emitidos por nuestro cerebro, que permites comprobar si el sujeto investigado almacena información relevante de un hecho delictivo.

El P300 nació en el terreno médico para detectar determinadas disfunciones neuronales de los pacientes, incorporándose más tarde en el proceso penal con un aluvión de críticas tanto en el ámbito de la legalidad del mismo como en lo referente a la capacidad científica del mismo. En los últimos años, según estudios científicos muestran que la medida de las ondas cerebrales, como la P300 pueden convertirse en un instrumento poderoso para inferir la culpabilidad de un sospechoso.

En el tan mediático caso de Marta del Castillo se sometió al asesino confeso, Manuel Carcaño a la realización del test p 300, el cual se realizó en el hospital Miguel Servet de Zaragoza.

#### **II. LA PRUEBA DEL POTENCIAL EVOCADO P300 COMO PRUEBA PERICIAL.**

La actividad cerebral que se produce en el cerebro humano puede ser registrada mediante técnicas invasivas o no invasivas, en cuanto a estas últimas podemos diferenciar las que se realizan mediante el control evocado o el control espontáneo,

## **Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

El test P 300 es una técnica considerada como no invasiva porque la actividad eléctrica que existe dentro del cerebro es detectada y estudiada usando electrodos colocados en el cuero cabelludo del sujeto, donde es observada una respuesta determinada que ocurre en su cerebro 300 milisegundos después de que un suceso significativo haya tenido lugar.

Así, ante un ítem significativo mostrado al sujeto, se muestran en las ondas características determinadas en cuanto a su tamaño y amplitud que no se aprecian ante el resto de ítems. Es lo que se denomina “respuesta encefalográfica multifacética” que da lugar a la huella dactilar cerebral específica de cada sujeto, denominada científicamente como “Brain Fingerprint”. Y ahondando más, cuando el sujeto reconoce información especialmente relevante para él, se denomina “MERMER”, “memory and encoding related multifaceted electroencephalographic response”.

En conclusión y dicho con unas palabras llanas para los que no somos legos en el mundo científico, la Prueba P300 se trata del análisis de las ondas cerebrales de un sujeto ante un estímulo determinado y las reacciones de las mismas. En lo que a nuestro mundo jurídico se refiere, se coloca al investigado un gorro con unos 128 electrodos y se le mostrarían al investigado palabras o imágenes en un contexto que solo deberían ser conocidas por la policía o por la persona que cometió el crimen.

Así, en la Prueba P300 se observan tres tipos de información, representadas con diferentes colores, normalmente en rojo aparecería la información que el investigado se espera que se sepa por haberle sido ya proporcionada, bien por ellos, su Letrado o medios de información pública. En color verde la información no conocida por el investigado y en color azul, la información que solo el autor del crimen debería conocer. Según estos datos, cuando el investigado es no culpable las líneas azules y verdes están muy cerca porque el investigado no tiene información crítica sobre el crimen. Y cuando el investigado es culpable, las líneas azules y rojas correlacionan estrechamente, dado que se desprende que el investigado tiene en su cerebro información crítica sobre el crimen.

En la actualidad esta prueba se realiza exclusivamente en Zaragoza, en el Hospital Miguel Servet, y en el Instituto de medicina legal forense de Aragón, bajo la dirección técnica del especialista en neurología y neurofisiología, Dr. José Ramón VALDIZÁN.

Diversos estudios científicos muestran niveles altos de eficacia de la onda P300, siendo una tasa del 82,29 % para detectar correctamente a los culpables y del 87,50% para detectar correctamente a los inocentes. Si bien hay científicos como ROSENFEL, BOROSCHAK y

## **Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

FUREDY que establecen la tasa de eficacia en el 90%. Sin embargo, esta alta tasa de eficacia no ha sido suficiente para todos los casos, pues aplicada la técnica P300 para el mediático caso conocido por todos de Marta del Castillo, a pesar de haberse realizado la misma al Sr. Carcaño no ha sido posible el hallazgo del cuerpo de la víctima hasta la fecha.

En un procedimiento judicial, como es el nuestro, resulta clave y de gran importancia la acción probatoria de cara a confirmar si alguno de los sujetos tiene la razón en lo sostenido bien en la instrucción o en el plenario de un determinado asunto.

El derecho probatorio es una de las cuestiones de mayor trascendencia dentro del derecho procesal, como reza un viejo aforismo “tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo.”

El propio Jeremy BENTHAM, padre del utilitarismo afirmó que “el arte del proceso no es otra cosa que el arte de suministrar las pruebas”<sup>1</sup>.

Prueba procede del latín probadum que significa “hacer fe”. Y será el medio por el que el Juez llegue al conocimiento de la verdad, pues solo de ese modo podrá impartir justicia.

Debemos diferenciar la apreciación de la interpretación de la valoración de la prueba practicada en un proceso. Con la apreciación se determina el resultado de cada uno de los medios de prueba practicados, mientras que con la valoración se califica el resultado, el valor, obtenido de su práctica.

El sistema de valoración de la prueba establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es distinto que en el proceso civil, en aquel rige la sistema de libre valoración, por lo que la eficacia de las pruebas practicadas no está sujeta a normas jurídicas, lo que exige un mayor grado de motivación en las Sentencias.

Existen diversos medios de prueba: la inspección judicial, la prueba testifical, la prueba documental, la pericial...

No obstante por ello, y a pesar de esta alta tasa de precisión del Test P 300 se ha utilizado en casos muy concretos<sup>2</sup> como ya hemos anticipado, por los problemas jurídicos en cuanto a la validez de la misma que se presentan en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> BENTHAM, J. Tratado de las Pruebas Judiciales. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971, p.10.

<sup>2</sup> Por primera vez en España dicha prueba fue autorizada en el mediático “caso Riela” y fue acordado por D. José Luis MARTÍNEZ SUÁREZ, Magistrado-Juez en Auto de fecha 4 de diciembre de 2013 en las DPA 72/12 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza. En dicho asunto por la Policía Judicial (Grupo de

### **III. EL TEST P 300 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INVESTIGADO.**

Al analizar la validez jurídica de la aplicación de la Prueba P300 debemos comenzar haciéndonos una serie de preguntas.

¿Cuándo en un órgano judicial se aprueba la utilización de la prueba P300, se vulnera el derecho a la intimidad y a la dignidad personal del investigado, ya que nos adentramos en la totalidad del cerebro y de sus recuerdos, y no solo al caso concreto que nos ocupa? ¿O se vulneraría de alguna manera el derecho del investigado a no declarar contra sí mismo, no declararse culpable o no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen? ¿O todo lo anterior? ¿Podría un juez obligar a un investigado a realizar una actividad física cuya finalidad sea la de obtener precisamente pruebas acusatorias contra el mismo? ¿Hasta dónde alcanza el derecho del investigado a no declarar contra sí mismo? ¿Dicho derecho cubre solamente la facultad de la realización de manifestaciones verbales, acogiéndose como decimos a su derecho a no declarar, a no confesarse culpable y no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen o engloba dicho derecho cualquier supuesto en el que el investigado es forzado a realizar personalmente una actividad corporal o física que pueda provocar su autoincriminación?

La Constitución Española de 1978 establece la dignidad humana a lo largo de la lectura de la totalidad de la misma, si bien no exista un artículo específico que la reconozca como tal, pero se desprende del sentido del texto completo como decimos.

El artículo 17.3 de la Constitución Española establece que: *“Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”*

El artículo 24.2 de la Constitución Española establece que: *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado,*

---

Homicidios de la Policía Nacional de Zaragoza) se tenían sospechas fundadas y numerosos indicios para pensar que el marido, D. Antonio Losilla era el autor del homicidio de su mujer Pilar Cebrián, que desapareció en el municipio de Ricla (Zaragoza) en el mes de abril de 2012. Posteriormente la prueba P300 fue acordada y realizada en el muy mediático caso de Marta de Castillo. Siguiendo el uso de la misma en el caso de la desaparición del empresario aragonés Publico Cordón a manos de la banda organizada GRAPO.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

*a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”*

El artículo 520.2 a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, establece que el investigado tiene: “*a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez. b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*”.

**El artículo 14. 3. g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966** (ratificado por España y publicado en el BOE 103 de fecha 30 de abril de 1977), establece que: “*3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas. g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”*. Y en este mismo texto, artículo 8 se establece que: “*Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”*”.

El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950) no incluyó de manera expresa, posteriormente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el mismo mediante sus sentencias cumplimentado la laguna legal que dejaba el precitado artículo. Véase al efecto caso Saunders Vs UK. (Application nº 19187/91, Judgemente 17 December 1996)

Una vez recordada la existencia de todos estos derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico debemos igualmente señalar los incesantes y cada día más vertiginosos avances de la ciencia que afectara de modo irrefutable a la práctica de nuevas diligencias vinculadas a las nuevas tecnologías por ejemplo, neurología como es el caso que nos ocupa, y así como resto de áreas científicas. Es por ello que un futuro próximo se deberán interpretar con otro sentido las normas jurídicas antedichas o incluso llegar a modificar las mismas en tanto la adaptación de la existencia de nuevos medios, para otorgarlas de validez jurídica en su caso, por ser una de las finalidades del Estado mediar por mantener la paz y protección de los ciudadanos e impartir justicia cuando aquellos, se vean perturbados o quebrantados por sujetos que incumplan nuestro ordenamiento jurídico.

**1. Derecho a la Dignidad Humana.**

El primer problema jurídico que plantea la aplicación de la prueba P300 es la consideración de la misma en cuanto a si vulnera de alguna manera o supone un ataque contra la dignidad de la persona. La prueba P300 realiza un análisis de las ondas del cerebro del investigado, pero no solo en relación con los hechos delictivos concretos que se le imputan, sino que comprende el conjunto de factores constituyentes de la personalidad del sujeto, incluyendo la totalidad de los recuerdos que alberga el cerebro, traumas, fobias y miedos. No obstante lo anterior, también debemos manifestar que la prueba P300 no solo tiene un uso para la “detección de mentiras” por decirlo de manera coloquial, sino que nació con uso científico para la detección y curación de trastornos neurológicos de diferentes tipos, como dar tratamientos a pacientes afectados por síndrome TEDH. Por ello considero que si dicha prueba no vulnera la dignidad humana en relación con la utilización de la misma para prescribir un tratamiento médico, parece del todo razonable, a pesar de que haya detractores del uso de la misma, los llamados “garantes del derechos” que se pueda utilizar en el esfera jurídica a fin de esclarecer los hechos objetos de la investigación. Véase al efecto el tema de perfiles de ADN que nació con base científica y que tuvo inicialmente sus detractores y problemas jurídicos similares en cuanto su aplicación a la esfera jurídica, y sin embargo hoy es una prueba plenamente válida y admitida en derecho sin que se ponga en entredicho su eficacia científica y su vulneración de derechos respecto del investigado.

**2. Derecho a la integridad física.**

De otro lado, y muy unido con el concepto de dignidad humana, nos encontraríamos con el derecho a la integridad física protegido en nuestro ordenamiento jurídico. Como hemos explicado en párrafos precedentes la prueba P300 es una técnica no invasiva que se realiza colocando un gorro con electrodos al sujeto, por lo que en mi opinión la realización de esta prueba no supone ninguna lesión, daño, dolencia, disminución física ni se han descrito efectos secundarios, ni secuelas tras la realización de la misma, por lo que considero que la misma no supone la vulneración del derecho a la integridad física del investigado.

**3. El Derecho a la intimidad.**

Otro concepto muy ligado a la dignidad humana es el derecho a la intimidad, derecho fundamental recogido en nuestro ordenamiento jurídico, dado que según el funcionamiento de la Prueba P300 se tiene acceso a toda la información personal del sujeto, no solo lo atinente al hecho enjuiciado, sin que el investigado tenga la libertad mental de decidir acerca de qué

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

extremos desea declarar, ni tampoco en relación con que parcelas de su vida personal, acciones, emociones, etc. desea o admite declara o se conozcan. Si bien, esta intromisión a la intimidad se salvaría jurídicamente con la profesionalidad de los peritos que deberán tomar la cautela de ceñirse dentro de lo posible a la resolución del caso concreto con la mínima intromisión imprescindible en el resto de parcelas de intimidad del sujeto.

**4. Derecho a no declarar y a no confesarse culpable.**

Como ya hemos expuesto, el art. 24 de la CE, y resto de normas internacionales detalladas y concretamente el art. 520.2 de la LECr reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, no declararse culpable y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. Siendo doctrina constitucional la que reconoce todos estos derechos como una manifestación del derecho de defensa.

En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico la prueba P300 se considera de manera análoga a una declaración verbal, aunque no sea de manera al uso tradicional tal y como estamos acostumbrados, sino que se interrogaría al investigado respecto de los hechos que se le imputan a través de las ondas que refiere su cerebro y por ello se considera declaración como tal. Por esta consideración para que tenga plena validez jurídica la realización de la misma, se debe contar para su práctica con el consentimiento expreso y válido del investigado, pues de lo contrario se estaría vulnerando todos los artículos referidos vulnerando el derecho a no declarar y no confesarse culpable.

Como hemos expuesto al comienzo de esta comunicación, la realización de esta prueba fue autorizada España en el mediático “caso Ricla” y fue acordado por Auto de fecha 4 de diciembre de 2013 en las DPA72/12 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza. En dicho asunto por la Policía Judicial (Grupo de Homicidios de la Policía Nacional de Zaragoza) se tenían sospechas fundadas y numerosos indicios para pensar que el marido, D. Antonio Losilla era el autor del homicidio de su mujer Pilar Cebrián que desapareció en el municipio de Ricla en abril de 2012. El Juez de Instrucción acordó la práctica de esta prueba por aplicación del art. 363 de la LECr que establece que: *“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.*

*Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso*

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

*que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”*

Ante esta tesis, respecto de la consideración de la prueba P300 como declaración del investigado, la vulneración de los derechos fundamentales y su validez jurídica, y ante lo novedoso de la utilización en la esfera jurídica de esta técnica científica, de conformidad con el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se acordó avocar pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia el conocimiento del recurso contra el Auto de instrucción que acordó la práctica de esta prueba. La Sala llegó por unanimidad declarando que la prueba afecta al derecho a no declarar del investigado, si bien declara válida la realización de la misma en definitiva dado que pese a las reticencias del recurrente se sometió a la misma, y se mostró colaborador activo de la misma, pues es requisito sine qua non la colaboración y seguimiento de las pautas que se establecen por el sujeto para la buena praxis de la misma, de lo contrario su realización podría considerarse “viciada, nula o incluso” al no poder realizarse de manera correcta; es por ello que la Sala entiende esta colaboración activa como signo inequívoco de que no existió un elemento intimidador que constriñera su libertad y por tanto no vulnera el derecho a no confesarse culpable considerando conforme a Derecho la realización de la referida prueba. No obstante lo anterior se debe decir que existieron dos votos particulares de dos Magistrados de la Sala <sup>1 y 2</sup> que consideran que no hubo voluntad del investigado de someterse a la prueba y por tanto no sería válida al vulnerar el derecho a no declarar y no confesarse culpable.

En este caso el Sr. Losilla profirió expresiones tales como “*que está en total desacuerdo con la prueba, que no quiere ser el conejillo de Indias, pero que si su Señoría lo ordena, él se somete*” “*que se somete por su orden porque si no que iba a hacer*”. Si bien la Sala manifestó que aunque el Sr. Losilla profirió tales expresiones<sup>3</sup> : *[posteriormente tras recordarle los derechos que como imputado le corresponde, preguntado si se somete voluntariamente a la prueba, tras notificársele el auto, resolución que reconoce, y en la que se acuerda la práctica de ella misma, manifestó que “ que se somete por su orden porque sino que iba a hacer”, lo que evidencia, que conocedor de la posibilidad de negarse, pues informado de sus derechos, sin que su letrado, presente en el acto, pusiese reparo alguno, se sometió voluntariamente a ella, y es más, se mostró colaborado en todo momento, atendiendo a las explicaciones a la instrucciones del personal sanitario encargado de la misma, sin mostrar ningún tipo de resistencia, ni conducta negativa a la práctica de la prueba. En*



**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

*definitiva, pese a las reticencias, el recurrente se sometió a la prueba colaborando activamente, extremos que evidencia la inexistencia de elemento intimidador que constriñera su libertad].*

Posteriormente, por Auto de fecha 21 de julio de 2015 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, rec. 6/15 se declaró la nulidad de la prueba pericial P-300. Así, en su Fundamento de Derecho DECIMO, establece que: *[Centrada así la cuestión consideramos que la práctica de la prueba P-300, por extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto, debe ser considerada jurídicamente como una declaración, y por tanto, sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto, pues éste no está obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable – artículo 24 de la Constitución Española.*

*En el caso presente consta que el Sr. Losilla cuando fue informado de que había de someterse a esta prueba pericial manifestó que estaba “en total desacuerdo con la prueba” añadiendo que “si su Señoría lo ordena él se somete” y que “por su orden me someto, porque si no, que iba a hacer” (folios 2241 y 2242)*

*Tal manifestación, expresada desde el comienzo con rotundidad, significa claramente que no quería someterse a la prueba. Las explicaciones posteriores y la actitud del encausado en el momento del desarrollo de la actuación, que ciertamente fue colaborada, no puede empañar la tajante afirmación inicial. Una persona sometida a un proceso penal, puesta ante la decisión de la autoridad judicial, puede adoptar una actitud no obstativa, acatando la decisión de la autoridad, pero ello no impide considerar que esta actuación posterior resulta de la imposición antijurídica realizada; por tanto, los actos posteriores del acusado no pueden servir para desvirtuar la inicial oposición. Por lo tanto en el caso de autos ante la negativa o desacuerdo del encausado debió dejarse sin efecto la práctica de la prueba P-300. ]*

**5. Derecho de contestar a alguna o algunas preguntas que se formulen al investigado.**

En mi opinión y en relación con el derecho a no declararse culpable, el verdadero problema radica, que cuando el investigado manifiesta su conformidad para declarar, siempre puede cambiar de opinión en cualquier momento de su declaración, declarando solo a las preguntas que considere, y no contestando a las que estime que van a perjudicar a su presunción de inocencia. Por el contrario en la prueba P300 al ser un estudio global de sus ondas del cerebro, no goza de la capacidad de decidir sobre que imágenes, textos o

## **Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

cualesquiera de los estímulos que le quiere que su cerebro emita una determina onda. Por contraposición en una declaración verbal puede decidir respecto que cuestiones decide contestar, así como la respuesta emitida por él. Por lo que podríamos entender que se vulnera el derecho a no confesarse culpable y no contestar las cuestiones que considere, pues en este método, al analizar directamente las ondas del cerebro con registros informáticos se coarta la libertad mental del investigado, sobre decidir lo que quiere contestar, o lo que desea admitir en relación con el resto de parcelas de su vida así como acciones y reacciones al resto de estímulos expuestos.

Si bien entiendo, que para solventar esta vulneración, los sujetos del derecho quedarían protegidos, dado que incluso a pesar de haber realizado un consentimiento para la realización de la misma en cualquier momento de la prueba podría decidir acogerse a su derecho a no declarar interrumpiendo de esta manera la realización de la misma y dando por finalizada la misma si ve en algún momento que ésta le va a perjudicar.

Por otra parte, si bien la eficacia científica se tasa en el 90%, salvo error por mi parte, la esfera científica creo entender que no llega a explicar el funcionamiento de las ondas cerebrales sin ningún género de duda, siendo todavía un terreno por explorar, si bien, salvo error por mi parte tal y como empiezo este apartado, los científicos han explicado cómo funcionan las ondas cerebrales, manifestando únicamente que reacciona ante un estímulo conocido por el sujeto, como puede ser la escena del crimen, pero llegados a este punto, a mí se me plantea la duda de si este movimiento de la onda cerebral se modifica porque estoy viendo la imagen del sitio donde está enterrado el cuerpo y mi cerebro reacciona porque reconoce esa imagen como un recuerdo mío, reacciona porque pienso que me van a “descubrir durante el desarrollo de la prueba y estoy sumamente nervioso... “...o... sería la misma reacción de la onda ante esa fotografía que si bien aun siendo inocente, me horroriza la misma por algún otro motivo personal, por ejemplo si tuve de pequeña un episodio traumático en un río, habiendo tenido un accidente en el que casi me ahogué y me enseñan una fotografía de un río para ver si ese es el lugar donde está enterrado el cadáver ¿Cómo reaccionaría en ese supuesto la onda de mi cerebro? ¿Daría la prueba P300 un falso positivo a la culpabilidad de homicidio?

Dada la amplitud del tema sobre la realización de la honda P300 y dada la imposibilidad de estudiar y analizar todos y cada uno de los estudios estas respuestas no han

podido ser contestadas estas cuestiones en dicha comunicación que espero poder contestar en posteriores publicaciones.

**6. En relación con la consideración de prueba pericial propia sin la consideración de declaración análoga a la verdad.**

Tras todo lo aquí expuesto, en mi opinión personal, nuestra visión en relación con la práctica de esta prueba debe ir más allá, y no ceñirse a un mínimo aspecto de la misma. Al contrario de lo expuesto y lo reconocido por los órganos jurisdiccionales y la doctrina yo no estoy de acuerdo con la consideración de la misma como una declaración análoga a la verbal pudiendo negarse el investigado a la realización de la misma y siendo obligatorio su consentimiento previo expreso e inequívoco.

Yo considero la prueba P300 como una pericial pura sin analogía con una declaración verbal. Una pericial más con la que dotar al sistema judicial como una herramienta para el esclarecimiento de los hechos que puede obtener pruebas irrefutables que de otro modo no podrían ser obtenidas.

La prueba pericial es una prueba admitida en derecho a lo largo de diversos capítulos de nuestra LECr, y así, en su art. 456 se establece que: *“El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.”*

La prueba pericial según pacífica doctrina y jurisprudencia no es una prueba vinculante para el Juzgador, sino que le ayuda a tomar una decisión conforme a la valoración de la misma, y de manera conjunta con el análisis del resto de prueba practicada y conforme a su sana crítica. Esto es, el juzgador no está obligado de modo alguno, ni legal ni doctrinalmente a concluir en su resolución de la misma manera que concluya el perito. Siendo la prueba pericial muy necesaria para materias en las que los Juzgadores no son legos, como medicina, temas inmobiliarios, económicos, etc. En el derecho penal, en el interrogatorio conforme su sana crítica el Juzgador debe apreciar la veracidad, credibilidad y persistencia en los testimonios de los intervinientes... en consecuencia, ¿por qué no dotar al Juzgador de una herramienta, llámese pericial P300 o llámese “x”, para saber si el investigado miente o dice la verdad, y luego valorar la conclusión de la misma conforme su sana crítica en relación con el resto de pruebas practicadas?

## **Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

De modo análogo tenemos las periciales psicosociales tan comúnmente admitidas por los Juzgados de Familia a fin de que por los equipos psicosociales adscritos a los juzgados entrevisten al padre, madre y los menores a fin de establecer que progenitor es el más adecuado para la custodia de los menores y el sistema de visitas más adecuado para el menor para con el progenitor no custodio. En este sistema de pericia se podría poner en entre dicho el sistema científico del mismo, dado que se basa en un sistema de entrevista personal de una hora para cada miembro de la familia, en el que en primer lugar se realiza un test tipo que es corregido por medios informáticos y realiza una evaluación del sujeto que no se cuestiona dándola por válida. Pues bien, la prueba P300, en vez de recoger respuestas escritas de un test, recoge ondas cerebrales y es tratada por un medio informático. Y en la pericial de familia igualmente se podría considerar que se realiza una intromisión en la intimidad de la persona vulnerando el derecho a la intimidad de la misma, ya que en la parte de la entrevista personal se preguntan por cuestiones de todo tipo con gran amplitud que van más allá del caso concreto que se juzga. Finalmente, el perito emite un informe concluyendo el sistema que él considera más favorable para los menores. Sistema familiar de guarda custodia y visitas que el Juez puede acoger o no en el fallo de su resolución.

De otro lado recordemos, que la práctica de pruebas periciales no vulnera los derechos constitucionales tales como el derecho a no declararse culpable. En relación con este extremo debemos resaltar que nuestro Código Penal impone la obligación de todo administrado de someterse a las pruebas de alcoholemia en la conducción de vehículo a motor, siendo la negativa al sometimiento de dicha prueba otra pena que puede ser impuesta a la propia pena, véase art 383 y 379 del Código Penal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1985 manifiesta que el deber de someterse a la prueba de alcoholemia no se considera al derecho a no declarar, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, pues no se obliga al administrado a emitir una declaración en la que admita su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una modalidad especial de pericia exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el art. 17.3 y 24 de la CE. Asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985 añadía que la realización de una prueba de alcoholemia no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado. En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1994.

Otra pericial que se podría poner en entre dicho sería la prueba de perfil de ADN en la que en procesos judiciales de filiación en solicitud de reconocimiento de paternidad/ maternidad otorgan una presunción de la misma ante el demandado que se niega a la

## **Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

realización de la misma, siempre que existan unos indicios periféricos racionales y objetivos que corroboren la versión del demandante. Como vemos en dicha prueba realizada o no, el Juzgador finalmente es el que decide el fallo de la resolución dando a dicha prueba la mayor o menor validez que el mismo considere.

También podríamos mencionar el delito de desobediencia a la autoridad recogido en el art. 556 del Código Penal que no permite una excusa absolutoria, pese a la premisa que podríamos decir que todo ciudadano tiene el derecho a desobedecer una orden legítimamente emitida por una Autoridad cuando su cumplimiento pueda tener como consecuencia la obtención de pruebas que le vayan a incriminar y sobre las que se pueda basar una posible condena.

De otro lado también sería cuestionable para mí en cuanto a la vulneración de derechos la práctica de la prueba de rueda de reconocimiento pues igualmente se podría considerar que vulnera el derecho a la presunción de inocencia y de no declararse culpable, pues el investigado que ha realizado el hecho delictivo probablemente será reconocido, de manera que si se niega a la realización de esta prueba ejercerá su derecho a la defensa y a no declararse culpable y ni realizar actos que le puedan incriminar.

Pero en cuanto al constreñimiento de Derechos, peor es la rama del Derecho tributario español que si bien no está legislado en el ámbito penal este supuesto específico se debe mencionar que la Ley General Tributaria en su artículo 142.3 concede a la Administración tributaria el derecho a exigir a los ciudadanos la debida colaboración en los procedimientos de inspección fiscal tramitados contra ellos, estando obligados a presentar cuanto documento sea requerido para ellos, y suponiendo una infracción grave en caso de incumplimiento del requerimiento conforme el art. 203.1 de la Ley General Tributaria. Lo que choca una vez más con el derecho a no declararse culpable, pues como vemos en un proceso penal, incluso tratándose de delitos tan graves con homicidios o secuestros el investigado no estaría obligado ni a declarar ni a aportar ninguna clase de documentación que le incriminase, y no pudiéndose ser sancionados obviamente por ello.

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

Según lo expuesto parece claro que el test de la verdad, es un mecanismo que a día de hoy difícilmente encuentra un sitio en nuestro ordenamiento jurídico.

## **Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

En mi opinión personal, respecto a la validez de esta prueba, siguiendo la postura del Tribunal Constitucional, que como ya hemos analizado no realiza una interpretación extensiva del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable recogido en el art. 24 de la CE, al menos en tanto nuestro Tribunal Constitucional no modifique su panorama por recomendación y/o instrucciones de Europa, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si recoge de manera extensiva la interpretación extensiva de tal Derecho, si sería una plena valida admitida en Derecho. Si bien debemos matizar que en nuestra opinión, la validez o no de la realización de dicha prueba no radicaría exclusivamente en el consentimiento expreso y valido del investigado, que obviamente, si fuera prestado por aquel sin ningún género de dudas ni tipo de coacción ni presión sería una prueba del todo valida, sin que plantease ningún problema jurídico. Para nosotras, la realización de esta prueba se debería tomar en consideración no como análoga a una declaración verbal y por ende aplicarle la protección de los derechos que se otorgan como tal, sino que esta prueba se debería considerar como una pericial pura por todas las razones expuestas. En primer lugar, porque el investigado realiza la declaración verbal siempre en presencia del Juzgado, quien escucha, ve e interpreta reacciones. Por el contrario, la prueba P300 se realiza delante de un perito o experto, sin la presencia del Juzgador, siendo además a día de hoy, un único perito y un único lugar, Zaragoza, donde se realiza este tipo de pericia, como ya hemos detallado. La Prueba P300 posteriormente debe ser explicada al Juzgador, pues no es éste quien interpreta “lo que nos dicen las ondas”, sino que un profesional elabora un informe explicando el método seguido, los parámetros estudiados y los razonamientos y conclusiones finales que alcanza. Pericial que puede ser impugnada, perito que puede ser llamado para ratificar su informe, aclarar dudas o intentar su desacreditación por parte de la defensa. Del mismo modo, que cuando esta pericia esté más generalizada se podría llegar a presentar pericias privadas del mismo tipo o llamar a declarar a “contra-peritos” que pongan en duda las conclusiones del perito judicial. En segundo lugar, por nuestra consideración de prueba pericial y no declaración, haría que se “salvasen” los obstáculos en cuanto a vulneración de derechos, pues no estaríamos hablando de una prueba cuyo resultado debería ser seguido en todo caso por el Juzgador, sino que éste deberá analizar su resultado junto con el resto de pruebas periféricas objetivas practicadas en autos. Pericia además que facilitaría la labor al Juzgador a la hora de la práctica del interrogatorio del investigado pues no existe un medio objetivo científico ni de ningún tipo en la actualidad en los interrogatorios que facilite al Juzgador corroborar las versiones de las personas intervinientes. No obstante ello, dicha pericial deberá acordarse

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.**

cuando sea imprescindible y necesaria para el esclarecimiento de los hechos, al igual que se deniega según que práctica de prueba se propone por ser aquella innecesaria o superflua para la resolución del caso.

Por último, estaría a favor de la validez de esta prueba porque la admisión progresiva y mejora de esta prueba por parte de estos Tribunales mejoraría las herramientas del ordenamiento jurídico de acuerdo con la sociedad actual donde cada vez existen aplicaciones informáticas, véase el campo de la medicina donde facilitan la labor de los diversos profesionales a la hora de realizar sus tareas profesionales sin que suponga que por ello, se basen las decisiones solo en el trabajo de una máquina, ni que el resultado de obtenido por medios informáticos y científicos vulnere los derechos fundamentales que tenemos todo ciudadano.

Dicho lo anterior, debemos añadir que, lo cierto es que en la actualidad, según la consideración de la prueba P300 como análoga a la declaración verbal, para que aquella sea válida debe mediar el consentimiento expreso valido e inequívoco del investigado para la realización de la misma, de lo contrario, obligarle a la realización de la misma, los beneficios de obtener una confesión forzada de un investigado vulnerarían los Derechos del investigado mencionados en este estudio. Consideración que puede que sea modificada en el futuro pues por todos es sabido que el derecho no es rígido, sino que se va adaptando según los cambios de la sociedad, y las nuevas apariciones o modificaciones de los delitos, así como por los avances científicos e informáticos que pueden dotar de mayores herramientas a la esfera judicial. Es por ello que espero que se modifique la concepción de la consideración de la prueba P300 como una verdadera declaración verbal, y que la prueba P300 sea admitida comúnmente como válida en casos de especial gravedad como el homicidio o secuestro, pues no debemos olvidar que aunque existan los derechos fundamentales y la protección del investigado, siempre y cuando estos se respeten y no se “vulneren a las bravas” también tenemos en el otro lado, quien también tiene derechos y merece de nuestra justicia y protección son las familias de aquellas víctimas, que bien ya sea viva o muerta, deben y desean encontrar a la persona o al menos su cuerpo para poder alcanzar el descanso de sus almas y no vivir con el dolor y desasosiego eterno de saber que pasó y poder darle al menos una despedida y un descanso digno.