

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or historical figure, seated on a throne. The figure is surrounded by various symbols, including a cross, a book, and a sword. The seal is encircled by Latin text: "SACRAE THEOLOGIAE UNIVERSITATIS CAROLINAE" at the top and "GUATEMALENSIS INTERIORIS" at the bottom.

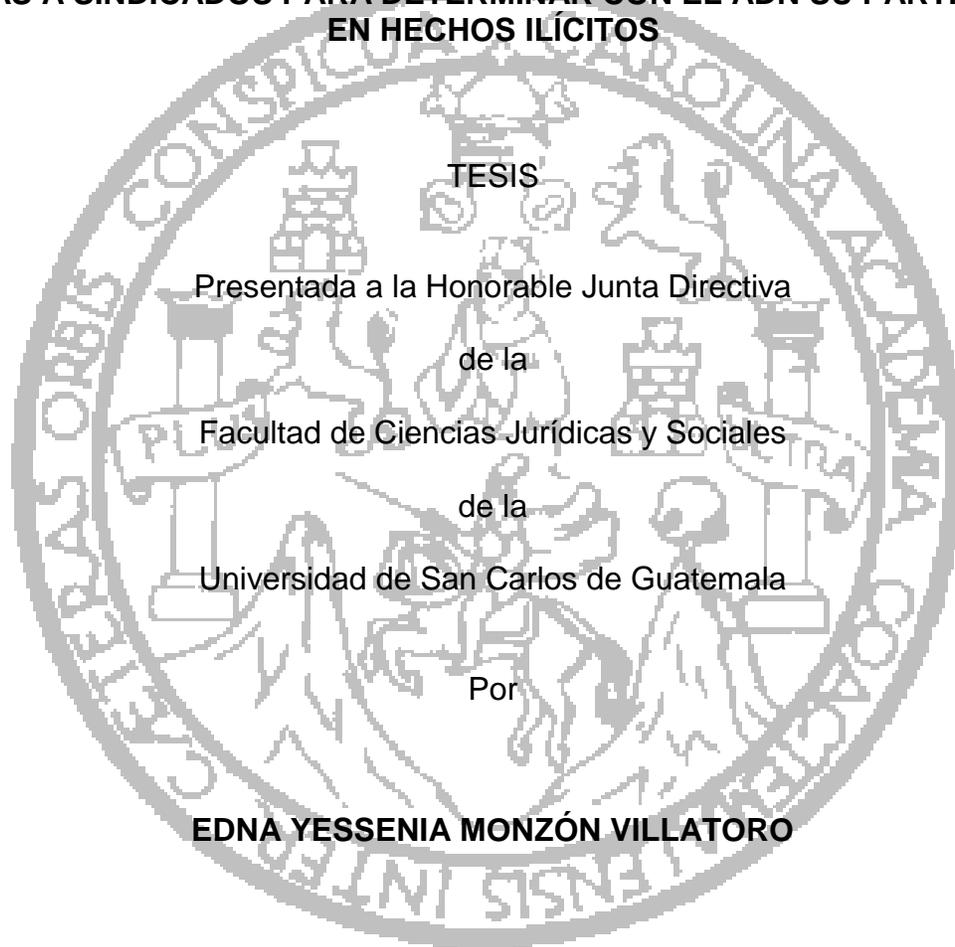
**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MUESTRAS DE SANGRE
TOMADAS A SINDICADOS PARA DETERMINAR CON EL ADN SU PARTICIPACIÓN
EN HECHOS ILÍCITOS**

EDNA YESENIA MONZÓN VILLATORO

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MUESTRAS DE SANGRE
TOMADAS A SINDICADOS PARA DETERMINAR CON EL ADN SU PARTICIPACIÓN
EN HECHOS ILÍCITOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDNA YESSENIA MONZÓN VILLATORO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

<i>DECANO:</i>	<i>Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana</i>
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Estuardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



Guatemala 17 de junio del año 2009

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.

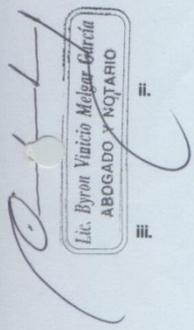


Licenciado Castro Monroy.

Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Asesor del Trabajo de tesis de la Bachiller **EDNA YESSENIA MONZÓN VILLATORO**, intitulado **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MUESTRAS DE SANGRE TOMADAS A SINDICADOS PARA DETERMINAR CON EL ADN SU PARTICIPACIÓN EN HECHOS ILÍCITOS"**, procedente resulta dictaminar respecto a la Asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autora, ello meritoriamente se calificó de sustento importante y valedero dentro de la asesoría efectuada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son afines a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- ii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público.
- iii. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis de la bachiller Edna Yessenia Monzón Villatoro, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- iv. En consecuencia en mi calidad de **Asesor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su exámen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogada y Notaría.


Lic. Byron Vianco Melgar-Edrúa
ABOGADO Y NOTARIO



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

Deferentemente;


Lic. Byron Vinicio Melgar Garcia
Asesor.
Colegiado 6,030

Lic. Byron Vinicio Melgar Garcia
ABOGADO / NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



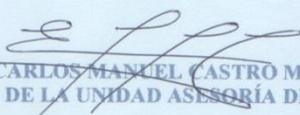
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARVIN ESTUARDO ARISTIDES,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDNA YESSENIA
MONZÓN VILLATORO, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MUESTRAS
DE SANGRE TOMADAS A SINDICADOS PARA DETERMINAR CON EL ADN
SU PARTICIPACIÓN EN HECHOS ILÍCITOS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer
constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual
dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su
opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación
utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la
misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el
trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/mbbm.



Lic. Marvin Estuardo Arístides



Guatemala, 15 de Julio de 2,009

Licenciado
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Respetable Licenciado Castro Monroy:

De manera respetuosa me dirijo a usted, en cumplimiento de la providencia emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis de fecha veinticuatro de junio del año dos mil nueve, en la que se me nombró como Revisor de Tesis de la estudiante **EDNA YESSENIA MONZON VILLATORO**, quien realizó el trabajo de tesis intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MUESTRAS DE SANGRE TOMADAS A SINDICADOS PARA DETERMINAR CON EL ADN SU PARTICIPACIÓN EN HECHOS ILÍCITOS"**.

Después de revisar el trabajo ya indicado, se llega a la conclusión que el tema abordado, de por sí es importante y que la estudiante se preocupó por trabajarlo de la mejor manera, para informarnos de la importancia del análisis jurídico de las muestras de sangre tomadas a sindicatos para determinar con el ADN su participación en hechos ilícitos, haciéndole las observaciones que creí pertinentes, las cuales fueron bien aceptadas y cumplidas por la estudiante.

EL CONTENIDO CIENTÍFICO Y TÉCNICO DE LA TESIS: Su contenido científico es un problema que genera la desventaja probatoria del ente investigador del Estado al no estar regulada de manera específica la extracción de sangre, para que a través del estudio de ADN del sindicato sirva de prueba dentro del proceso penal, el cual es de suma urgencia solucionar, y técnico por la forma en que fue analizado acorde a la problemática tratada.

LA METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN QUE FUERON UTILIZADAS: La metodología utilizada fue el analítico, el sintético, el inductivo, el deductivo y el científico, las técnicas utilizadas fueron la investigación documental, el fichaje, la recopilación y ordenamiento de datos.

REDACCION: En virtud que la bachiller siguió los lineamientos sugeridos en la redacción de conformidad con las reglas ortográficas de la Real Academia Española de la Lengua, a mi criterio está acorde a la necesidad del tema tratado.

LA CONTRIBUCIÓN CIENTÍFICA DEL TEMA PRESENTADO: El presente trabajo pretende crear un precedente que coadyuve a fortalecer los procedimientos de investigación utilizados por el Ministerio Público, en los cuales, mediante un adecuado manejo de evidencias materiales se pueda obtener eficazmente la identificación de los responsables de hechos delictivos sin que esto constituya una violación al principio procesal de legalidad.

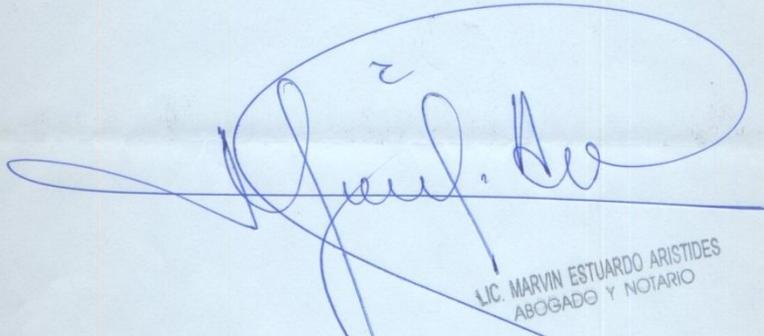
Lic. Marvin Estuardo Arístides

OPINION ACERCA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: En relación con las conclusiones considero que son acorde a la problemática del tema tratado, en relación con las recomendaciones es importante tomar en cuenta para fortalecer la investigación criminal dentro del proceso penal, siendo ésta uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia acusatorio penal.

DE LA BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA: Ésta fue utilizada de acuerdo al tema tratado, y sobre todo se noto que la estudiante se preocupó por realizar la investigación necesaria en la bibliografía indicada para desarrollar el trabajo de acuerdo a la problemática planteada.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ellos que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado, razón por la cual doy mi dictamen en sentido favorable.

Sin otro particular me suscribo de usted, con las muestras de la más alta consideración y estima.



LIC. MARVIN ESTUARDO ARISTIDES
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado 4682

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de noviembre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDNA YESSENIA MONZÓN VILLATORO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MUESTRAS DE SANGRE TOMADAS A SINDICADOS PARA DETERMINAR CON EL ADN SU PARTICIPACIÓN EN HECHOS ILÍCITOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/slh.



DEDICATORIA

A DIOS:

Quien ha dirigido mis actos en este esfuerzo y a quien pertenece mi triunfo.

A MIS PADRES:

Mirtha Villatoro y Celestino Monzón, por su apoyo incondicional a lo largo de mi carrera.

A MIS HERMANOS:

Nelson y Damaris, con especial cariño.

A:

La gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y a los docentes que me guiaron en la adecuación del presente trabajo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	I

CAPÍTULO I

1 Examen de Ácido Desoxirribonucleico.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Consideraciones sobre el examen de ADN.....	4
1.3 Relación del ADN con el derecho penal.....	6
1.4 Derecho comparado.....	12

CAPÍTULO II

2. Principios propuestos por las Naciones Unidas para el tratamiento de la información de personas.....	27
2.1 Principios rectores.....	27
2.1.1 Principio de licitud y lealtad.....	28
2.1.2 Principio de exactitud.....	28
2.1.3 Principio de finalidad.....	28
2.1.4 Principio de acceso de la persona interesada.....	29
2.1.5 Principio de no discriminación.....	29
2.1.6 Principio de facultad de establecer excepciones.....	30
2.1.7 Principio de seguridad.....	30
2.1.8 Principio de control y sanciones.....	30
2.1.9 Principio de flujo de datos a través de las fronteras.....	31
2.1.10 Principio de campo de aplicación.....	31

Pág.

CAPÍTULO III

3	Análisis del proyecto para una declaración internacional sobre los datos genéticos humanos	33
	3.1 Sección primera definiciones.....	33
	3.2 Disposiciones de carácter general.....	34
	3.3 De su articulado.....	34

CAPÍTULO IV

4	Las pruebas biológicas en el proceso penal.....	61
	4.1 La ciencia biológica como medio de prueba.....	61
	4.2 Actos de investigación y actos de prueba.....	63
	4.3 Intervenciones corporales.....	66
	4.4 La intervención corporal para toma de muestras de ADN.....	71
	4.5 La toma indirecta de muestras de ADN. La no siempre posible elusión de la intervención corporal.....	73
	4.6 Sujetos susceptibles a la toma de muestras.....	75
	4.6.1 El sospechoso.....	75
	4.6.2 La víctima.....	77
	4.7 La intimidad corporal y la intimidad personal.....	83
	CONCLUSIONES.....	97
	RECOMENDACIONES.....	99
	BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

El presente tema despierta el interés, puesto que se considera que es necesario fortalecer los procedimientos de investigación utilizados por el Ministerio Público, en los cuales, mediante un adecuado manejo de evidencias materiales se pueda obtener la identificación de los responsables de hechos delictivos.

Se estima que la investigación criminal realizada por el ente correspondiente, dentro del proceso, es uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia acusatorio penal; en Guatemala, la realización y dirección de ésta, está encomendada al Ministerio Público, el cual en cumplimiento de dicho mandato, debe promover el uso apropiado de la prueba científica, dentro de la que se encuentra la prueba de análisis genético de ADN (Ácido Desoxirribonucleico).

Al no estar regulada de manera específica la extracción de sangre, para que ésta, a través de un estudio de ADN del sindicado sirva de prueba dentro del proceso penal, se constituye en un eficaz medio de oposición por parte de la defensa, que imposibilita la vinculación del procesado, dejando al ente investigador del Estado en clara desventaja probatoria.

La hipótesis de esta investigación se basa en que: Debe prevalecer el principio procesal de legalidad respecto a cualquier causa penal que pretenda someter a los imputados a exámenes de sus cuerpos, en los cuales puedan resultar inculcados.

Los objetivos que se plantearon en este estudio, entre otros, son: Propiciar la formal legalización de las pruebas de ADN a los imputados. Así también, definir la estructura normativa que autorice la toma de pruebas de sangre sobre sujetos detenidos, imputados de la comisión de ilícitos penales, para llevar a cabo el examen de ADN.

Al integrar el contenido de esta investigación, se incluyó dentro del primer capítulo, el cual se denomina examen de Ácido Desoxirribonucleico, lo que se refiere a la definición, las consideraciones sobre el examen de ADN, la relación del ADN con el derecho penal, lo relativo al derecho comparado; por su parte el segundo capítulo, denominado principios propuestos por las Naciones Unidas para el tratamiento de la información de personas, se integró únicamente con los principios rectores; en el contenido del tercero, se incorporó lo relativo al análisis del proyecto para una declaración internacional sobre los datos genéticos humanos, incluyendo lo referente a la sección primera, definiciones, las disposiciones de carácter general y finalmente de su articulado; el capítulo cuarto, se integró las pruebas biológicas en el proceso penal, con el contenido siguiente: La ciencia biológica como medio de prueba, los actos de investigación y actos de prueba, las intervenciones corporales, la intervención corporal para toma de muestras de ADN, la toma indirecta de muestras de ADN. La no siempre posible elusión de la intervención corporal, los sujetos susceptibles a la toma de muestras, y la intimidad corporal y personal.

Los métodos de investigación empleados dentro de este trabajo fueron: el analítico, sintético, deductivo, inductivo, deductivo y científico. Finalmente, las técnicas utilizadas fueron: la investigación documental, el fichaje, la recopilación y ordenamiento de datos.

CAPÍTULO I

1 Examen de Ácido Desoxirribonucleico

1.1 Definición

Es la molécula que contiene y transmite la información genética de los organismos excepto en algunos tipos de virus (retrovirus). Está formada por dos cadenas complementarias de nucleótidos que se enrollan entre sí formando una doble hélice que se mantiene unida por enlaces de hidrógeno entre bases complementarias. Los cuatro nucleótidos que forman el ADN contienen las bases adenina (A), guanina (G), citosina (C) y timina (T). Dado que en el ADN la adenina se empareja sólo con la timina y la citosina sólo con la guanina, cada cadena del ADN puede ser empleada como molde para fabricar su complementaria.

Cuando se habla de ADN, se hace mención al ácido desoxirribunocléico, el cual es el material genético encontrado en todos los seres vivos. Controla cómo funciona el cuerpo humano y qué características se hereda de los padres biológicos.

La información genética de todo el individuo se encuentra almacenada en el ADN o ácido desoxirribonucleico dentro del núcleo de las células humanas. Esto es posible gracias a la secuencia de nucleótidos, que a base de cuatro posibilidades: adenina, citosina, guanina y timina escribe la información necesaria que se hereda de generación en generación.

El ADN es la molécula que contiene la información genética. La gran mayoría está en el núcleo donde en el momento de la división celular se empaqueta formando cromosomas. Una pequeña parte del ADN celular se encuentra en las mitocondrias en el citoplasma. Las larguísimas moléculas de ADN que forman los cromosomas están compuestas de series de nucleótidos enlazados linealmente gracias a ribosas y fosfatos formando una doble hélice. En la secuencia específica de nucleótidos reside la información genética que por tanto se escribe a base de un alfabeto de cuatro letras: A, C, G y T, que representan a los cuatro nucleótidos utilizados: adenina, citosina, guanina y timina. El genoma humano contiene aproximadamente tres mil millones bases y tiene una longitud de aproximadamente un metro enrollado dentro de cada célula. De esta impresionante cantidad de información tan sólo alrededor del cinco por ciento corresponde a zonas codificantes de proteínas – exones –. Las zonas no codificantes de proteínas – intrones – además de ser zonas muy importantes en la regulación de la transcripción contienen también secuencias importantes en la propia fisiología del ADN.

El ADN está formado por una doble cadena. Esto permite la reparación del ADN en caso de que se dañe una sola cadena ya que la otra es complementaria y sirve como copia de seguridad. Además la estructura de doble cadena y el tener como azúcar a la desoxirribosa en vez de ribosa hace que el ADN sea mucho más estable químicamente que el ARN. La doble cadena es también esencial para facilitar la replicación de la información genética que debe ocurrir en cada división celular. “La estructura tridimensional del ADN más común y conocida, aunque no la única, es la famosa doble

hélice descrita por Watson y Crick en mil novecientos cincuenta y tres por cuyo descubrimiento se les otorgó el premio Nobel de Medicina”¹.

Por otro lado se indica que: “el ácido desoxirribonucleico ADN, es el ácido nucleico constituido por gran número de nucleótidos unidos y dispuestos en dos hélices. Constituye un material cromosómico y contiene toda información hereditaria correspondiente a la especie”².

Así también se ha escrito respecto al ácido ribonucleico ARN; que es el ácido nucleico constituido por un gran número de nucleótidos unidos y dispuestos linealmente. Existen diversos tipos de ARN: ARN mensajero, ARN ribosómico y ARN de transferencia.

Se establece la diferencia entre ADN y ARN, a partir de su diferencia química del ADN por dos cosas: “la molécula del azúcar del ARN contiene un átomo de oxígeno que falta en el ADN; y el ARN contiene la base uracilo en lugar de la timina del ADN”³.

En cuanto a la ubicación del ADN, puedo indicar que este, se encuentra exclusivamente en el núcleo de las células. En el genoma – conjunto integral y secuenciado del ADN – humano se estima que hay aproximadamente cincuenta mil o más genes. Los genes son trozos funcionales de ADN compuestos a su vez de mil hasta doscientas mil unidades cada una de las llamadas nucleótidos.

¹ Medicina molecular, **Glosario**, Pág. Electrónica.

² Tenembaun, José, **Estructura ADN**, Pág. Electrónica.

³ **Ibídem**

En relación a todo lo ut supra expresado, puedo indicar que el estudio de ADN o más comúnmente denominado prueba de ADN es el nombre genérico con que se designa a un grupo de estudios realizados con el ácido desoxirribonucleico. Las pruebas de ADN han pasado a constituir un elemento fundamental en investigaciones forenses, biológicas, médicas, de ingeniería genética y en todo estudio científico en el que se hace necesario un análisis genético.

1.2 Consideraciones sobre el examen de ADN

1.2.1 Precisión

La prueba de ADN es el más preciso método disponible para determinar la vinculación del sindicado con las pruebas de fluidos y restos humanos encontrados en la escena del crimen. Con la prueba de ADN, se puede establecer con un cien por ciento de certeza la presencia de un determinado sujeto en el lugar de la comisión del hecho delictivo, a partir de sus rastros biológicos dejados en el mismo.

1.2.2 Muestras sobre las que se practica el examen de ADN

En la actualidad se utiliza el método del indoloro hisopo bucal para la toma de muestras. En este método un hisopo parecido al algodón se frota dentro de la mejilla del paciente para recoger células sueltas. Este procedimiento es seguro, aún en recién nacidos.

Por supuesto también se puede realizar pruebas a otro tipo de muestras, tales como sangre, raíces capilares, tejidos conservados, etc. El ADN es el mismo sin importar el tipo de muestra.

La prueba de ADN es un proceso complejo que debe ser llevado a cabo por personal calificado y experimentado dentro de un laboratorio que cuente con el equipo correcto y procedimientos estrictos que llenen el control de calidad.

Para que una prueba de ADN pueda ser admitida dentro de un proceso jurisdiccional, se requiere que la prueba realizada siga la cadena de custodia. Esto requiere que las personas sobre las cuales se va a practicar dicha prueba asistan a un laboratorio reconocido por la instancia judicial correspondiente, para tomarse las muestras.

Los resultados de una prueba de ADN no serán afectados por comer, beber, fumar o por haberse administrado drogas. Durante la toma de muestras, sin embargo, el técnico puede pedirle que se enjuague su boca si no está lo suficientemente limpia. Residuos de alimentos y comida podrían propiciar el crecimiento de moho, y por tanto contaminar o dañar parcialmente la muestra.

Considero también oportuno manifestar que no existen edades límites para la práctica de la prueba de ADN.

El ADN es relativamente estable si se siguen procedimientos apropiados para la toma de muestras. Las muestras pueden ser tomadas en diferentes momentos y ubicaciones, si es necesario.

Actualmente existen empresas que prestan el servicio de banco de ADN, por medio de los cuales se almacena una muestra del ADN, mismas que pueden servir en un eventual futuro para probar aspectos de propiedad o razones de seguridad personal. También se puede usar el ADN almacenado para crear un perfil de ADN, que puede ser luego comparado con los de sus presuntos herederos para probar relaciones biológicas.

1.3 Relación del ADN con el derecho penal

La modernización de la justicia penal que se está implementando desde la perspectiva procesal, debe ser complementada con la incorporación de los conocimientos que las diferentes disciplinas científicas van adquiriendo. En esta perspectiva, el genoma humano se presenta como un espacio susceptible de aportar conocimientos que abren posibilidades insospechadas en nuestra sociedad. El ir considerando desde ya su utilización sistemática en el ámbito jurídico, nos va preparando para enfrentar mejor los nuevos desafíos que en este ámbito penal que se avecina.

Actualmente en Guatemala el tema puede significar un gran coadyuvante desde el ángulo de la inseguridad que se vive a diario, así como por el recrudecimiento de la conducta delictiva, es decir la inseguridad, se presenta como uno de los grandes desafíos para las actuales sociedades del mundo. Por ello, la posibilidad de utilizar los más recientes avances de las ciencias, respetando las garantías y los derechos individuales, fortalece no sólo la respuesta objetiva del Estado, sino también la conciencia ciudadana, que percibe en éste la preocupación por dar las mejores

respuestas a sus problemas concretos. Particular relevancia tiene, además, el hecho que las investigaciones que mejores resultados pueden alcanzar con la práctica de estas pruebas, se refieren a las agresiones sexuales, delitos que hoy día resultan especialmente repudiables, y que cuando han afectado a víctimas menores de edad, han generado las mayores reacciones sociales. Delitos que, por lo demás, presentan índices de aclaración muy bajos.

Por supuesto con lo manifestado en el párrafo anterior, no quiero indicar que las pruebas de ADN no puedan servir para el esclarecimiento de delitos de mayor impacto social, como podría considerarse por ejemplo al asesinato, el homicidio, parricidio, feminicidio e incluso delitos relacionados con el narcotráfico.

El material genético de naturaleza individual, que desde la perspectiva biológica constituye un eficiente elemento identificador de las personas, partes u órganos de un cuerpo y aun de ciertos restos humanos, puede transformarse en una herramienta útil y segura en la investigación de determinados delitos. No descartando aquí la fabulosa herramienta de apoyo que el mismo pudiera significar a la actividad investigativa que realiza el Ministerio Público como ente único del Estado encargado de dicha actividad.

Manteniendo los resguardos jurídicos que nuestra sociedad considere necesarios, resulta posible implementar un sistema obligatorio de identificación de personas, basado en el ADN, que aporte pruebas en la investigación de delitos específicos.

Para lo cual, de acuerdo a mi consideración, es necesario en la implementación legal específica del tema considerar aspectos tales como:

- a) El posible manejo de la información genética con otros fines.
- b) Las fuentes de vulnerabilidad de los bancos de información genética, referido a su tratamiento, almacenamiento y custodia.
- c) La vulnerabilidad de la información misma, constituida por factores tales como los marcadores genéticos escogidos, los que por ley deben ser polimórficos, esto es, deben haber muchos tipos de una clase específica – o muchas formas, de allí su denominación –, y deben ser no expresables, esto es, no deben codificar para ningún producto biológico o metabólico, constituyendo lo que se denomina una secuencia intrónica o intrón.
- d) Por todo lo anterior, es válido preguntarse si el manejo de esta información genética, aún con las características antes descritas, puede constituir una preocupación jurídica. Ya que al parecer, estas inquietudes están presentes no solo en nuestro país, si no que en un conjunto de cuerpos legales extranjeros de países y organismos internacionales como tales como Naciones Unidas y otras.

Desde hace décadas, el sistema penal ha ido generando bancos de datos de delincuentes. Inicialmente dicha información estaba destinada a establecer un sistema que permitiera identificar con absoluta precisión a las personas en que tuvieran algún conflicto con la ley penal. Se trataba de tener la certeza de que, efectivamente, aquel a quien se detenía era la persona acusada o individualizada, y llegado el momento de la sentencia, saber si el acusado tenía una conducta anterior ajustada a la ley; o por el

contrario, era un reincidente. Por supuesto esto no era fácil, dada la ausencia de un documento de identidad que ofreciera la característica de inalterable, así como la práctica frecuente de cambiarse de nombre como una manera de eludir la responsabilidad penal.

Fue así como se fueron generando bancos de datos basados en la fotografía, las medidas antropométricas y, más tarde, aquellos basados en las impresiones dactilares. De ellos, el primero y el último aún permanecen y forman la base de los registros existentes a nivel de identificación civil y policial. Los sistemas derivados del análisis de las huellas dactilares permitieron, además, avanzar de manera sustancial en la detección de la presencia del sujeto en el lugar del crimen.

En las últimas décadas, el descubrimiento del código genético y la adopción de técnicas de biología molecular, ha mostrado poseer una gran utilidad en la identificación de personas y cuerpos.

En la actualidad, y a partir de los descubrimientos científicos y la implementación tecnológica generada en relación con el ADN y la llamada huella genética o identidad genética, se planteó la utilidad y posibilidad de implementar un banco de datos genéticos de personas.

La implementación de un sistema de identificación obligatoria para personas vivas, que implique la elaboración y mantenimiento de una base datos con información referida al ADN presenta una serie de posibilidades. Desde luego, constituye un mecanismo

seguro no sólo de identificación de personas, sino también de cadáveres y aun de partes humanas. Por otro lado, pudiera constituir una prueba decisiva en la investigación de delitos en que el delincuente deje muestras biológicas. El más conocido como lo indicara supra es el de los casos de violación, mediante el análisis del semen del violador.

Considerando, sin embargo, por un lado, el mayor desarrollo que los derechos humanos han alcanzado y particularmente la preocupación que hoy genera el respeto a la intimidad y dignidad de las personas y, por otro, el que parte de la información acumulada en la huella genética pudiera corresponder precisamente a aquella información identificada como sensible, a las interrogantes científicas y técnicas propias de esta iniciativa legal.

Desde siempre la intimidad y la privacidad han sido objeto de curiosidad por parte de quienes desean conocer la vida íntima de las personas, con diversos fines, algunos de ellos abiertamente ilegales o ilícitos, tal y como podría serlo las empresas guatemaltecas, dedicadas a la recolección de datos personales de ciudadanos, para posteriormente venderlos a las empresas mercantiles para establecer la conveniencia o no de que las mismas puedan celebrar contratos comerciales con ellos o en el peor de los casos con el pretexto de evaluar la solicitud de empleo que se les haga.

Por supuesto en la protección de la vida privada, se interrelacionan un conjunto de principios y derechos, que deben por obligación ser observados por las entidades estatales como privadas, independientemente de que en Guatemala, de momento esto

no se lleve a cabo por intereses particulares que involucran a funcionarios públicos con estas pseudo empresas de venta de datos.

Ante estos desafíos, los sistemas jurídicos deben perfeccionar los mecanismos de protección de la privacidad y la intimidad, que hoy se alzan como derechos subjetivos consagrados en el ordenamiento nacional.

Respecto a esto en Estados Unidos, la Corte Suprema ha declarado en varias sentencias que la privacidad es el más fundamental de los derechos que recoge el Bill of Rights⁴.

En esta búsqueda de protección se han ido perfilando algunas áreas llamadas de información sensible. Entre las más destacadas hay que señalar las relacionadas con:

- a) La opción ideológica, política, religiosa o sindical;
- b) Los ingresos, recursos y gastos;
- c) El origen racial, la salud y las preferencias sexuales; y,
- d) Los antecedentes penales o infracciones administrativas.

⁴ Hunter, Joseph, **La identificación de criminales a través de ADN**, Pág. 53

De este modo, los eventuales atentados contra la privacidad referidos a la mantención de bancos de datos pueden vincularse a dos cuestiones diferentes: la naturaleza de la información guardada y la acumulación de información individual.

A la fecha, el ordenamiento jurídico guatemalteco no dispone, a nivel constitucional de normas que regulen los bancos sistematizados de datos personales. Normas generales relativas a la privacidad pueden estimarse sólo como orientadoras respecto de estas materias.

Entendido así el tema, pareciera innecesario profundizar sobre esta **materia**. Sin embargo, más allá de las disposiciones específicas, cuyo alcance obligatorio ya dijimos es limitado ante una norma de igual jerarquía, es posible distinguir algunas orientaciones básicas, que parecen pretender guiar cualquier regulación sobre la materia.

1.4 Derecho comparado

En Chile se utiliza el Análisis de ADN como herramienta de investigación criminalística, para apoyar las decisiones civiles y penales, en el marco jurídico actual. Se ha establecido la ley de Registro de Secuencias de ADN para diversos fines penales, Ley 19,970.

Se ha establecido el ADN como material biológico sensible, desde el punto de vista jurídico legal, establece preliminarmente que dichas secuencias, por definición de la ley

que en el artículo primero establece que: "Por huella genética se entenderá, para estos efectos, el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria, no sean secuencias que expresan genes".

En Chile las perspectivas a utilizar serán la medico-legal, con el "análisis de las técnicas y procesos utilizados en la obtención de información genética, y el marco legal, en el cual se desarrolla esta actividad"⁵.

El análisis de ADN como herramienta tecnológica para el apoyo en la elucidación de responsabilidades civiles y penales es una técnica actualmente en uso en Chile. Su amplia utilización radica en un conjunto de ventajas que no es posible obtener con otras técnicas de identificación. Estas técnicas tienen una gran aceptación entre especialistas e instituciones forenses, quienes las aplican ampliamente.

No obstante lo anterior, es necesario establecer los marcos jurídicos, legales y penales de tales técnicas, pues con su gran difusión y aplicación, es posible que no se consideren aspectos importantes tales como que se está manipulando el material genético de una persona, que esa persona tiene derechos y que dichos derechos debieran estar protegidos o cautelados por un cuerpo legal apropiado para tales efectos.

⁵ **Ibidem**, Pág. 51

La doctrina chilena manifiesta, que es interesante postular la idea aceptada de bien privado de la información de los individuos sometidos a tales análisis, y contrastar esa idea a la luz de leyes que se relacionan de un modo u otro con proyectos como el banco de identificación de ADN de criminales y otras como las relacionadas con el análisis de paternidad, por ejemplo.

Otra interrogante planteada por la doctrina chilena, es cual es el límite entre el derecho de las personas y el derecho colectivo en la aplicación de estas leyes, y donde y en que forma se relacionan dichas figuras legales, para establecer de modo legítimo, la responsabilidad penal y/o civil, a la luz de potenciales usos y abusos de una información altamente sensible como es el perfil genético de un individuo, donde están cifradas todas las características físicas y otras tan o más importantes de una persona. En la actualidad, en Chile se mantienen diferentes bancos de datos referidos a personas en relación con la justicia. Los más importantes de ellos se conservan en el Servicio de Registro Civil e Identificación, la Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile.

Así por ejemplo el Bancos de Datos del Registro Civil e Identificación, es la institución registral por excelencia. Por ley debe mantener un registro de identificación personal obligatorio de todos los ciudadanos, además, dos bancos de datos relativos a delincuentes. Estos datos se generan sobre la base de información recabada por la propia institución y otra le es enviada desde los tribunales de justicia. Se trata del Registro de Prontuarios Penales y el Registro General de Condenas.

En cuanto al Registro General de Condenas, en el año 1,924, por Decreto Ley No. 26, se establece el Servicio de Identificación Personal Obligatorio, que, entre otros objetivos, debe mantener un registro individual de todas las personas en el territorio chileno, un registro especial para delincuentes y la estadística de los mismos.

En 1,925, por Decreto Ley No. 645, se establece el Registro General de Condenas. Se forma éste con la filiación penal y las resoluciones judiciales de las personas procesadas y condenadas, manteniéndose en absoluta reserva su contenido, salvo para las autoridades judiciales, policiales y de Gendarmería de Chile, que tiene expresas facultades para solicitar la exhibición de los antecedentes que constan en el Registro.

Es así como la Ley 19,325, sobre Violencia Intrafamiliar, encomendó a esta institución el mantener un registro especial, cuyo principal objetivo es llevar un registro especial de las personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoriada, como autoras de actos de violencia intrafamiliar.

El tribunal, ejecutoriada la sentencia, debe oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, individualizando al condenado, especificando el hecho sancionado y la medida aplicada.

Cada Tribunal, por su parte, puede requerir al Servicio, por la vía que estima más rápida y efectiva, un informe sobre las anotaciones que registra del denunciado. El informe señalado deberá ser evacuado dentro del plazo de cinco días hábiles.

Cabe resaltar aquí un aspecto que considero muy importante como lo es que la Ley 19,366, de 1,995, que sanciona el tráfico ilícito de drogas, entregó al Registro Civil la obligación de llevar un registro que tiene como objetivo reunir y mantener todas las sentencias ejecutoriadas condenatorias por las faltas indicadas, así como informar a los tribunales que lo soliciten acerca de las anotaciones registradas por el inculpado a este registro se le denominó Registro Especial de Faltas por Consumo, Porte y Tenencia de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Aparte de los tribunales, el decreto supremo No. 143, de 1,997, del Ministerio de Justicia, establece que sólo el afectado puede solicitar información acerca de lo que consta en el Registro, respecto de su persona.

Con respecto a los Bancos de datos de las policías, diré que la Policía de Investigaciones concedió gran importancia al mantenimiento de información relativa a delincuentes, dando origen más tarde a un departamento encargado de recolectar, organizar, mantener al día y facilitar esa información a las unidades operativas. El año 1,940, por una Orden General del Director de la institución se establecieron las normas que regulaban el Departamento de Asesoría Técnica, nombre que aún mantiene la antigua sección Huellas.

En abril de 2,001, y con casi 80 años, este banco de datos registra fichas de varias decenas de miles de personas. En él, con individualización por nombre, huellas dactilares y fotografía, se mantiene información de quienes habiendo tenido algún conflicto con la justicia, han sido detenidos por la Policía de Investigaciones. Alias, modus operandi, direcciones, vínculos con otros delincuentes, son algunas de las

informaciones que se registran en este banco de datos. Desde cierta perspectiva, por tanto, es más reducido que el del Registro Civil, por cuanto no incorpora información emanada de los tribunales de justicia, ni de Carabineros. Desde otra, sin embargo, es más amplio, al incorporar información de personas que sin haber sido procesadas ni condenadas, sí han tenido la condición de sospechosas o imputadas por esta policía.

Este banco de datos, de frecuente consulta para la policía, sólo se encuentra oficialmente disponible para la institución que lo mantiene. Es frecuente sin embargo que, de oficio o a petición, se informe a tribunales de la existencia de una tarjeta de registro para determinadas personas.

Desde el descubrimiento de la huella genética en mil novecientos ochenta y cinco y su casi inmediato uso en el mundo de la criminalística, no son muchos los países que han dictado normas sobre la existencia de bancos de datos genéticos de identificación criminal. Hasta fines de mil novecientos noventa y siete no eran más de cinco los países que tenían legislación al respecto; pero hoy son más de quince⁶.

De acuerdo a Jaime Moreno, dadas las tendencias que se manifiestan, en la actualidad es posible estimar que los próximos países que quedan por incorporarse de manera masiva sean los que poseen una tradición latina – a excepción de Francia, que fue uno de los primeros en hacerlo –. Así, por ejemplo, Portugal, España e Italia en Europa, aún no tienen ese tipo de legislación Grecia, sin ser latina, tampoco la tiene, con lo que se

⁶ Moreno Verdejo, Jaime, **ADN y proceso penal**, Pág. 52

produce una cierta situación de países mediterráneos – y en América Latina, sólo hay legislación en Puerto Rico, lo que se explica por su asociación con Estados Unidos y en Panamá, donde la explicación no resulta muy clara. En varios de estos países, sin embargo, el tema se discute y se avanza hacia una legislación. Así, por ejemplo, en Perú existe ya un proyecto de ley sobre la materia, lo mismo ocurre en España. Por otro lado, “Estados Unidos y Canadá en América, Reino Unido, Holanda, Francia, Noruega, Bélgica, Suiza, Suecia, Alemania, Austria, Finlandia, Dinamarca, en Europa, y Australia en Oceanía, han regulado ya legalmente la existencia de un banco de datos”⁷.

A continuación presento un breve análisis, de los aspectos que parecen más relevantes de la legislación existente en aquellos países cuya influencia pudiera estimarse como más significativa para Guatemala.

a) Estados Unidos

Estados Unidos es quizás el primer país en donde se legisla sobre la materia. Sólo que, como Estado federado, cada uno de los Estados lo ha hecho separadamente. Entre los primeros están Colorado, que lo realizó en 1,988, Arizona, California, Minnesota, Nevada y Virginia en 1,9889. Entre los últimos, Rhode Island y Vermont en 1,998 y Lousiana en mil novecientos noventa y nueve. En la actualidad, todos los diferentes Estados federales poseen ya una legislación particular.

⁷ Ibidem

La diversidad en el tratamiento de las materias parece ser la segunda gran característica. Los delitos que facultan para exigir una muestra obligatoria varían considerablemente de un Estado a otro. Algunos lo consideran para un número muy reducido, como Michigan y Arizona, que sólo lo hacen para delitos sexuales y otros, en cambio, como Virginia, para un amplio espectro de figuras penales. Sólo los delitos sexuales presentan la característica de ser considerados por todos los Estados.

En relación con la situación de las personas a quienes se exige el examen, también se produce una dispersión. En algunos casos, se exige a condenados y en otros, también a inculpados. Similar situación se da en relación con la retroactividad de la aplicación de la ley. La mayoría de los Estados aplicó la ley con efecto retroactivo respecto de condenados. Excepcionalmente no es aplicable, como ocurre en Tennessee, Washington, Massachusetts, Michigan, Nevada.

Respecto de la muestra biológica, todos los Estados la mantienen después de analizada, al respecto, sólo Wisconsin ordena su destrucción.

Las restricciones en cuanto a la información generada por los exámenes y mantenida en las bases de datos también presenta un espectro de diversidades. La mayoría de los Estados mantienen lícitas restricciones, pero otros no lo hacen. Del mismo modo, ellos sancionan la revelación no autorizada.

Más de cuarenta Estados establecen los órganos específicos que deberán hacerse cargo de la recolección de las muestras, muchos de ellos señalando con detalle los

lugares donde se procederá a la toma. “Los exámenes mismos son efectuados por organismos públicos, generalmente laboratorios vinculados al sector policial o en laboratorios privados, previamente acreditados para ello”⁸.

Algunos Estados sancionan penalmente al delincuente que se niega a dar la muestra y unos pocos autorizan expresamente el uso de fuerza razonable para extraerla. Más de la mitad de los Estados establecen expresamente la falta de responsabilidad o penal por daños en la acción de extraer la sangre, cuando la persona realiza la acción de buena fe y de acuerdo con prácticas médicas aceptadas o empleando el debido cuidado como señalan algunas legislaciones.

Un aspecto que llama la atención es que 24 estados están autorizados para cobrar el examen de ADN que se le efectúa al delincuente, cuando éste tiene capacidad de pago. “Es el propio examinado quien debe pagar cantidades que pueden llegar a los setecientos cincuenta dólares, aun cuando la mayoría establece como cifra tope la suma de quinientos dólares, o el costo efectivo, que es menor”⁹.

Lo anterior revela que se trata de normas que presentan múltiples diferencias entre sí, pero que en lo operativo la mayoría ha sido integrada en el proyecto de Sistema de Índices Combinado de ADN (Combined DNA Index System, CODIS), coordinado por el FBI. Ello permite que no obstante existir una diversidad de criterios respecto de los

⁸ **Ibidem**, Pág. 64

⁹ **Ibidem**

delitos, las personas, el momento, éstos cumplen ciertos requisitos técnicos que posibilitan su integración y comparación.

b) Canadá

El primer caso de utilización de pruebas genéticas en un juicio criminal en Canadá data de 1,988, pero sólo es a partir de 1,995 cuando es posible exigir una muestra biológica para análisis genético en investigaciones de delitos graves. El 10 de diciembre de 1,998 el gobierno federal aprobó la ley concerniente a la identificación por impronta genética, posibilitando la constitución del Banco Nacional de Datos; pero esta ley sólo entró en vigor el 30 de junio de 2,000, permitiendo al organismo encargado de implementarla el prepararse adecuadamente para ello.

El Banco contiene esencialmente dos archivos, uno de evidencias encontradas en el lugar del delito, sobre la víctima o en sus vestimentas, y el otro concerniente a los condenados. Este último considera la posibilidad de incorporar muestras de condenados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, previa resolución de un tribunal.

La gestión del Banco Nacional de Datos está a cargo de la Dirección General de la Gendarmería Real de Canadá, pero todos los cuerpos policiales son responsables de su poblamiento. Del mismo modo, todos tienen derecho a utilizar en la investigación criminal la información mantenida en él.

En las consideraciones técnicas, Canadá ha adoptado el modelo norteamericano CODIS.

Uno de los aspectos más destacados de la experiencia canadiense se concreta en septiembre de 2000, apenas empezada la implementación del banco, con el anuncio de la creación de un Comité Consultivo, encargado de examinar y orientar la aplicación de la ley y la administración del banco de datos. El Comité se crea a instancias del Senado, que lo había recomendado al aprobar la ley en 1,998. Entre sus miembros hay personalidades vinculadas a la policía, al comisariato de protección de la vida privada y al propio banco de datos. Destaca la calidad académica de sus miembros, existiendo varios expertos en bioética, derecho, biología de poblaciones, y otros.

c) Puerto Rico

Siguiendo los lineamientos norteamericanos, Puerto Rico, tiene desde el 24 de julio de 1,998 la Ley 175, que regula la existencia de un banco de datos sobre estas materias.

Luego de establecer en su artículo primero que esta ley se conocerá como Ley del Banco de Datos de ADN de Puerto Rico, se declara como política pública que los bancos de datos obtenidos por medio de los análisis de material genético, utilizando la molécula de ácido desoxirribonucleico, conocido como DNA por sus siglas en inglés, son herramientas de gran importancia en la investigación criminal.

El banco de datos se establece adscrito al Instituto de Ciencias Forenses de Puerto Rico, con capacidad de análisis de ADN, almacenaje y clasificación de información. Sus principales funciones son las de asistir a las agencias de seguridad públicas y proveer de información en los procedimientos criminales.

Todo esto de manera compatible con los procedimientos establecidos por el FBI. Puede, asimismo, llevar a cabo estudios sobre marcadores genéticos de la población puertorriqueña, siempre que se elimine toda información que permita identificar a las personas.

La legislación puertorriqueña es claramente restrictiva, en el sentido que sólo obliga a otorgar la muestra a personas convictas y por ciertos delitos específicamente indicados. La norma también limita los lugares donde se efectuarán las tomas, regula esos procedimientos, establece las normas de intercambio de información y la confidencialidad del banco de datos.

Desde otra perspectiva, si bien claramente el banco de datos que se crea corresponde al depósito estatal de los registros de ADN, es decir la información del resultado final de los análisis realizados a una muestra por un laboratorio forense de ADN, el instituto de Ciencias Forenses de Puerto Rico, se encargará también de conservar las muestras, como se deduce de su obligación de, cuando corresponda, devolver la muestra a la persona para que disponga de ella. De este modo, la institución que maneja el banco de datos pasa a poseer también un banco de muestras, sin que ello se establezca claramente en la Ley.

d) Panamá

Primero deseo destacar tres situaciones. Por un lado, Panamá legisló sobre esta materia con una prontitud llamativa —séptimo en el mundo—, pues no se trata de un país con una criminalidad especialmente grave, tampoco con un avanzado desarrollo de la medicina legal, la criminalística o la biología molecular. Tan prematura aparece esta legislación, que más de tres años después, aún la gran mayoría de los países latinoamericanos no tienen una legislación al respecto. En segundo lugar, el proyecto presenta una amplitud incomprensible, pues pretende procesar veintiocho mil muestras anuales durante siete años. Y en tercero, la inexistencia de laboratorios públicos o privados capaces de implementarlo.

El Instituto de Medicina Legal, dependencia de la Procuraduría General de la Nación, por cierto el organismo más cercano a estas materias, ha sido cuestionado incluso como custodio de las muestras.

e) Perú

La situación de Perú es notoriamente diferente. No existe aquí una ley que regule una situación similar, pero en marzo del 2000, un congresista presentó un Proyecto de ley de base y registros de datos de ADN, al que se le dio el número 5,630. Este proyecto de ley, que puede interpretarse como manifestación, en esta área de América, de una situación que en otras latitudes constituye una verdadera tendencia, puede ilustrarnos también sobre algunos aspectos importantes sobre la materia.

El proyecto establece un banco de datos de ADN, el que debe ser mantenido y administrado por la Policía Nacional del Perú. Sus objetivos trascienden lo meramente penal y ello explica que, según lo establece el Artículo 51 en diversos números, la toma de muestras biológicas pueda recabarse de toda persona que se encuentre cumpliendo condena en un centro carcelario o en contra de la cual existen indicios razonables de responsabilidad; pero también a los miembros del Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y las personas que soliciten permiso para portar armas, entre otras.

CAPÍTULO II

2. Principios propuestos por las Naciones Unidas para el tratamiento de la información de personas

Los principios orientadores sobre este tema, los encontramos en el documento denominado Principios Rectores Para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 45/95, del catorce de diciembre de 1,990.

Dicho de otra manera, el tratamiento automatizado de datos personales no puede quedar hoy al libre arbitrio de las personas o de los organismos del Estado. Se hace necesario establecer normas que lo regulen, las que deben sujetarse a ciertos parámetros ya establecidos con criterio internacional. Pero también como ya lo indicara anteriormente se está ante una materia propia de los derechos humanos.

Tratándose de la regulación de información genética, tanto por los alcances reales que ello puede tener, como por los efectos psicosociales que, con o sin fundamento, puede generar, parece ser especialmente relevante el considerar estos principios.

2.1 Principios rectores

Los Principios Rectores Para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tratan

de las garantías mínimas que deberían preverse en toda legislación nacional, por lo que deben interpretarse precisamente en ese sentido, siendo los siguientes:

2.1.1 Principio de licitud y lealtad

De acuerdo a este principio, la obtención de las muestras debiera ser siempre de manera lícita y sus resultados nunca utilizados con fines contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

2.1.2 Principio de exactitud

Por este principio se establece que se deben adoptar todas las medidas técnicas necesarias para garantizar la exactitud de la información y sólo cuando ello esté asegurado se podrá implementar el banco de datos de ADN. Es necesario destacar que ello no sólo es imprescindible desde un punto de vista técnico, sino que trasciende ese aspecto para adentrarse en el ámbito de los principios jurídicos. La posibilidad de condenar a un inocente o aun de mantenerlo como posible sospechoso, muestra de inmediato la necesidad de mantener la exactitud de la información.

2.1.3 Principio de finalidad

La especificación, justificación y publicidad de la finalidad son los requisitos básicos que de acuerdo a este principio se requieren. Es decir se exige que el tratamiento de los datos personales se efectúe sólo si disposiciones legales lo autorizan o cuando el

titular consienta en ello. En este último caso la persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales. Para mayor garantía, la autorización debe constar por escrito. En el caso de un banco de ADN, la justificación debiera considerarse al menos en los antecedentes del proyecto, la especificación en el contenido de la ley y la publicación alcanzarse con las formalidades propias de ese tipo de normas.

2.1.4 Principio de acceso de la persona interesada

El derecho al conocimiento por parte del titular de la identidad genética se sanciona en este principio. Pero no basta la posibilidad del conocimiento, es necesario que el acceso sea inteligible, sin demora y sin gastos excesivos. Es decir que toda persona tiene derecho a exigir información sobre los datos relativos a su persona.

2.1.5 Principio de no discriminación

Este principio establece que no debieran registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita y arbitraria. En verdad se trata de uno de los temas más complejos y significativos en materia de bancos de datos con información sobre genomas individuales.

2.1.6 Principio de facultad de establecer excepciones

Sólo pueden establecerse excepciones a los principios de licitud y lealtad, de exactitud, de finalidad y de acceso de la persona interesada si son necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y en particular, los derechos y libertades de los demás. Esta disposición, que pudiera estimarse aplicable al tema que nos ocupa, debe entenderse en su sentido más restrictivo, toda vez que en ella se insiste que el objetivo central que autoriza las excepciones es precisamente la defensa de los derechos y libertades de los demás.

2.1.7 Principio de seguridad

La existencia misma de estas bases de datos genera un riesgo frente al cual deben establecerse mecanismos de protección, tanto frente a situaciones naturales, como ante amenazas del actuar humano, dentro de los cuales el acceso sin autorización, la utilización encubierta o la contaminación por virus informático, aparecen como los riesgos más relevantes.

2.1.8 Principio de control y sanciones

La existencia de un sistema de control del respeto a estos principios, por una autoridad que posea competencia técnica y que dé garantías de imparcialidad son requisitos exigidos por este principio. En caso de incumplimiento de las normas legislativas internas, esta declaración expresamente señala que deberían preverse sanciones

penales, así como de otro tipo y los recursos procesales apropiados para perseguir esas sanciones.

2.1.9 Principio de flujo de datos a través de las fronteras

De acuerdo con este principio, si existen garantías comparables de protección de la vida privada, la información debe circular libremente a través de las fronteras. Tratándose de una base de datos como la que se pretende, las normas que regulen el flujo de datos a través de las fronteras deben considerar, además de los criterios de protección de la vida privada, los principios de colaboración en materia criminal.

2.1.10 Principio de campo de aplicación.

La norma señala que estos principios debieran aplicarse a ficheros computarizados tanto públicos como privados. Es decir, necesariamente deben ser considerados al momento de estudiar la posibilidad de un banco genético de identificación criminal.

CAPÍTULO III

3. Análisis del proyecto para una declaración internacional sobre los datos genéticos humanos

En el año 2,003 en la sede de la UNESCO, se reunió un grupo de expertos para proponer un proyecto para una Declaración Internacional Sobre Datos Genéticos Humanos. Contenido que analizo a continuación.

3.1 Sección primera definiciones

La primera sección contiene un artículo único que proporciona en el inciso a) una definición de los términos técnicos utilizados, esenciales para la comprensión de la futura declaración internacional. La definición de algunos otros términos técnicos más corrientes se da gradualmente en notas de pie de página, a semejanza de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. El inciso b) del Artículo 1 establece que las notas de pie de página forman parte de la futura declaración internacional. Conviene recordar que los términos se definen a efectos de la futura declaración internacional y que una definición diferente podría darse a los términos en cuestión.

3.2 Disposiciones de carácter general

La segunda sección trata de los objetivos y el alcance de la Declaración Internacional y enuncia principios transversales que constituyen la base del anteproyecto. Ciertos principios se aplican a los datos genéticos humanos en su conjunto, sin referencia alguna a las distintas etapas de su manejo.

3.3 De su articulado

a) Artículo 2. Objetivos y alcance

En el inciso a) el Artículo 2 define los objetivos perseguidos por la declaración. Constan de tres niveles; la declaración persigue en primer lugar el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en relación con los datos genéticos humanos. En segundo lugar, enuncia los principios que deben inspirar a los Estados en la formulación de sus legislaciones en ese ámbito. En tercer lugar, establece principios rectores para la aplicación de prácticas idóneas en esas materias dirigidos a las instituciones y personas interesadas.

La Declaración Internacional sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos precisa en el inciso b) que se aplica a los datos genéticos así como a los datos extraídos o que podrían extraerse de éstos, como los datos proteómicos. Además, se aplica igualmente, según las disposiciones, a las muestras biológicas de las cuales se han extraído los datos.

b) Artículo 3. Identidad de la persona

El Artículo 3 afirma que la persona humana construye su identidad en función de factores individuales, educativos y ambientales y a partir de relaciones sociales y culturales y de lazos afectivos con los demás. En efecto, sería peligroso naturalizar la identidad de una persona. Es el ejercicio de la libertad el que permite a cada cual ser el sujeto de su historia y no de sufrirla en razón de sus características genéticas. El Artículo 2 b) de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos rechazaba ya el reduccionismo y el determinismo genéticos. El anteproyecto propone que se extienda este rechazo a la identidad de una persona y a los lazos de filiación. Todas las culturas del mundo demuestran -e incluso a veces se empeñan en afirmar- que la familia en sus diversas acepciones, se basa en relaciones sociales, culturales y afectivas y no en relaciones biológicas.

c) Artículo 4. Condición especial

El Artículo 4, en el inciso a), precisa la condición especial de los datos genéticos humanos. Éstos pueden dar indicios sobre las predisposiciones genéticas de una persona a presentar una patología, por ejemplo un mayor riesgo de contraer una enfermedad cardiovascular.

Los datos genéticos pueden también tener repercusiones en el conjunto de la familia y en ciertos casos, en el grupo al que pertenece una persona. En efecto, si una mutación genética se descubre en un hombre sin que presente una patología, por ejemplo en el

caso del síndrome denominado X- frágil, esas informaciones pueden interesar a sus hermanos y hermanas o incluso a sus hijas que corren un fuerte riesgo de tener hijos aquejados de esa patología. Además, los datos genéticos recogidos de personas pertenecientes a un mismo grupo, comunidad o población, pueden poner de manifiesto mutaciones que prevalecen en el grupo en cuestión.

Además, los datos genéticos pueden contener informaciones cuyo significado y alcance para la persona afectada, su familia y el grupo al que pertenece no se conocen ni se miden en el momento en que se toman las muestras biológicas.

La finalidad del apartado b) es insistir en el tenor cultural y simbólico que revisten los datos genéticos para muchas personas. Trátese de la sangre o de otros elementos del cuerpo humano que puedan servir de muestras para producir datos genéticos, lo cierto es que están ligados a valores culturales o espirituales, a menudo en función de las representaciones culturales de las personas o de sus convicciones religiosas o filosóficas. Por eso, es necesario que los medios profesionales y las entidades encargadas de la gestión de los datos genéticos humanos tengan conciencia de ello y los manejen sabiendo lo que representan para los demás.

d) Artículo 5. Finalidades

El Artículo 5 tiene por objeto definir las finalidades para las cuales los datos genéticos humanos pueden ser recolectados, tratados, utilizados y conservados.

Son fundamentales en materia de diagnóstico genético individual o familiar, ya se trate de pruebas que revelan una mutación genética deletérea o de pruebas que indican una susceptibilidad o predisposición genética a ciertas patologías. Pero, el análisis de datos genéticos contribuye igualmente a un mejor conocimiento de la evolución del genoma humano, y en particular de sus interacciones con el entorno. La investigación biomédica aplicada – la farmacogenética –, puede utilizar estos datos para descubrir eventuales predisposiciones genéticas a reaccionar ante ciertos tratamientos o productos farmacéuticos. Pueden constituir también, tratándose de los estudios epidemiológicos o antropológicos, una fuente de información valiosa para los servicios sociales y la formulación de políticas de salud. Por último, son utilizados también con finalidades no médicas, por la medicina forense, por ejemplo para identificar cadáveres, y por la justicia, sobre todo en materia administrativa, civil o penal.

Pero es preciso distinguir entre esas distintas finalidades, por ejemplo, entre la finalidad de diagnóstico y atención médica y la finalidad de la investigación. En la práctica, una persona puede pedir una prueba genética, cuyos resultados querrá conocer por definición, sin querer participar en una investigación médica o científica. Por el contrario, puede rechazar una prueba genética que se le prescriba, en particular por tratarse de una prueba de carácter predictivo, pero declarándose de acuerdo para participar en una investigación médica o científica, sobre todo si tiene la posibilidad de no conocer sus resultados.

Es evidente que podría haber otras finalidades legítimas para recolectar, tratar, utilizar y conservar datos genéticos, como por ejemplo los estudios históricos arqueológicos, o

incluso genealógicos, que en este momento son muy apreciados en ciertos países. En todo caso, las finalidades deberían ser compatibles con la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

e) Artículo 6. Procedimientos

El Artículo 6 enuncia las condiciones generales según las cuales los datos genéticos humanos deberían ser recogidos, tratados, utilizados y conservados, cualesquiera que sean las finalidades perseguidas.

Así, el inciso a) de este mismo artículo, precisa las tres condiciones a que han de someterse los procedimientos aplicados, a saber:

- La transparencia de los procedimientos en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos;
- La participación de la sociedad en la toma de decisiones en las distintas etapas así como la evaluación de la gestión de los datos. Este apartado menciona en particular los estudios en gran escala de genética de poblaciones, en razón de su alcance y de sus repercusiones éticas y jurídicas;

- El lugar que debe darse a la experiencia internacional y a la libre expresión de diversos puntos de vista.

El inciso b) establece que los comités de ética independientes, multidisciplinarios y pluralistas, que son objeto del Artículo 16 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Aunque los comités de ética en cuestión en el plano nacional no son instancias de decisión, a menudo se les encarga definir normas y establecer principios rectores sobre diferentes temas. Es así como convendría que establecieran principios rectores para la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos y de las muestras biológicas. Corresponderá a los comités de ética institucionales o locales velar, por ejemplo, por que un hospital, que acumula con el correr del tiempo datos resultantes de pruebas genéticas, se ajuste a las normas y principios rectores en cuestión.

Además, ese párrafo precisa que si dos o más países están interesados, se consultará a los comités de ética de los países de que se trata y el examen de las cuestiones planteadas se basará en los principios enunciados en la Declaración Internacional y en las normas éticas y jurídicas en vigor en esos Estados.

El inciso c) precisa la naturaleza de la información que debe entregarse a una persona cuyo consentimiento se requiere. La información debe basarse en tres criterios. En primer lugar, ha de ser clara. A tal efecto, la información debe ser accesible a la

persona interesada y habrán de evitarse las formulaciones escritas o las explicaciones orales que le resultarían incomprensibles. En segundo lugar, debe ser equilibrada, es decir, debe exponer, en caso necesario, los inconvenientes o los peligros eventuales vinculados a alguna etapa de la recolección o del manejo de los datos genéticos. En tercer lugar, ha de ser detallada, es decir, debe entregar indicaciones lo más completas que sea posible sobre las diversas etapas, en particular sobre la utilización que se hará de los datos genéticos. Desde el comienzo, la finalidad con la cual se recogen los datos genéticos y las razones de su tratamiento y de su posible conservación deben formar parte de la información facilitada. Esa información ha de advertir igualmente a la persona interesada que tiene la posibilidad de retirar su consentimiento, de conformidad con el Artículo 9. Por último, según los casos, la información debe señalar a la persona interesada que sus datos genéticos se recogen en su calidad de miembro de un grupo, de una comunidad o de una población. Tal es el caso, en particular, de la recolección de muestras biológicas para llevar a cabo estudios de genética de poblaciones.

f) Artículo 7. No discriminación y no estigmatización

Plantea el principio de la no discriminación y no estigmatización de una persona, de una familia o de un grupo, cualquiera que sea la finalidad para la cual los datos genéticos se han recolectado. Cabe señalar que el Artículo 2 inciso a) y el Artículo 6 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos humanos consagraban ya el principio de no discriminación. El sexto considerando de la

Declaración Universal subrayaba también: "...la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas".

La finalidad del inciso a) es precisar que el principio de no discriminación debe aplicarse igualmente a los datos genéticos humanos y se introduce también la noción de no estigmatización de una persona, una familia o un grupo. Cabe reconocer que, además de una eventual discriminación, el problema de la estigmatización es un aspecto crucial de la utilización de los datos genéticos humanos recolectados con motivo de diagnósticos genéticos o de estudios de genética de las poblaciones.

Por eso, ese artículo precisa en el inciso b) que se prestará especial atención a las conclusiones de los estudios de genética de las poblaciones y de genética del comportamiento. En ambos casos las conclusiones apresuradas podrían dar motivo a estigmatizaciones, e incluso a discriminaciones particularmente molestas.

La tercera sección trata de la etapa de la recolección de las muestras biológicas que han de servir para generar datos genéticos humanos. En efecto, los datos genéticos humanos sólo pueden producirse gracias a la obtención de una muestra de células – sanguíneas o de otra índole – o tejidos humanos por procedimientos que pueden ser invasivos – por ejemplo, extracción de sangre – o no invasivos – cabellos provistos del bulbo capilar –.

g) Artículo 8. Consentimiento

Este Artículo se refiere al consentimiento en el momento de la recolección de las muestras biológicas y los datos genéticos humanos.

El inciso a) establece que debe recabarse el consentimiento previo, libre, informado y expreso. El consentimiento es previo cuando la persona afectada sabe de antemano y ha entendido que la muestra está destinada a producir datos genéticos humanos. Es libre cuando la persona afectada no sufre ningún tipo de presión física o psicológica, no es objeto de ninguna sanción material o moral y no recibe a cambio una recompensa financiera injustificada. Es informado, cuando la persona interesada entiende las razones por las cuales los datos genéticos humanos se recolectan, las ventajas y los inconvenientes eventuales y entiende las garantías de protección de que están rodeados los datos en cuestión, en particular en cuanto a la confidencialidad frente a terceros. Se estima que el consentimiento es expreso cuando la persona que proporciona la muestra está de acuerdo con la finalidad para la cual la recolección de datos se efectúa.

El consentimiento previo, libre, informado y expreso debe obtenerse por escrito sobre la base de informaciones escritas facilitadas a la persona de que se trate, acompañadas de explicaciones verbales. En efecto, a menudo son necesarias las explicaciones verbales para la comprensión de los documentos escritos, tanto más cuanto que la terminología utilizada en los formularios de consentimiento no es comprensible para todos. En el caso de personas analfabetas, puede preverse un consentimiento verbal, a

condición de que una persona pueda servir de testigo de éste. En todo caso, es oportuno prever el archivo de la documentación escrita o en cinta magnética según los casos, que pruebe que un consentimiento escrito o verbal – sobre todo en el caso de una persona analfabeta – se ha obtenido.

Además, el inciso a) fija estrictamente las posibilidades de limitaciones al principio del consentimiento. En primer lugar, precisa que esas limitaciones sólo pueden establecerse en una legislación o una reglamentación nacional, y además por razones poderosas. Es posible citar dos ejemplos de aplicación de semejantes limitaciones: en materia civil, cuando un juez decide que se recurra a una prueba genética en el marco de un procedimiento de investigación de paternidad; en materia penal, cuando ordena que se tomen huellas genéticas con fines de identificación, por ejemplo, del autor de un homicidio o de una violación. En segundo lugar, este párrafo precisa que tales limitaciones deben respetar el derecho internacional relativo a los derechos humanos, constituido por el conjunto de las declaraciones y convenciones internacionales y regionales sobre los derechos humanos adoptadas por los Estados y por supuesto Guatemala. En efecto, de ninguna manera puede darse lugar a interpretaciones que justifiquen actos contrarios a los textos internacionales que consagran los derechos humanos y a la Constitución de la UNESCO.

El inciso b) se refiere a las condiciones del consentimiento en los casos en los que una persona no esté en situación de darlo. Puede tratarse de un adulto que presente una incapacidad mental o que sea jurídicamente incapaz, durante un periodo determinado o de manera permanente. En esas circunstancias es preciso ajustarse a la legislación o a

la reglamentación nacional y obtener una autorización de la justicia. Semejantes gestiones deben realizarse teniendo en cuenta el interés superior de la persona de que se trate. Esta formulación se ajusta al Artículo 5 inciso b) de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

El inciso c) trata más concretamente del caso de los menores. En la materia, está previsto consultar al menor en la medida en que su edad y su madurez intelectual y afectiva le permitan entender los pormenores de la recolección de pruebas biológicas para producir datos genéticos que le conciernan. En todo caso, los resultados de esta consulta deben ser confirmados por el representante legal del menor, que deberá actuar movido por el interés superior del niño.

h) Artículo 9. Revocación del consentimiento

Este Artículo establece que una persona que ha dado su consentimiento previo, libre, informado y expreso para la recolección de datos genéticos con miras a una investigación médica o científica, puede retirarlo. La retirada de un consentimiento puede darse en casos de investigación médica o científica. Se precisa que la retirada del consentimiento es posible siempre que los datos genéticos no hayan sido disociados de una persona identificable. En efecto, tratándose de datos genéticos disociados de una persona identificable, no es dable identificar los datos sobre los cuales la persona interesada querría ejercer su derecho de retirada del consentimiento. De todos modos, la persona de que se trate no debería en ningún caso ser sancionada o sufrir un perjuicio en razón de esa retirada. El artículo precisa que, en tal caso, los

datos genéticos así como las muestras biológicas que hayan servido para producirlos serán restituidos a la persona interesada o serán destruidos.

i) Artículo 10. El derecho a decidir ser informado o no de los resultados de la investigación

En el contexto de la investigación médica y científica, al igual que en el inciso c) del Artículo 6, la información facilitada a la persona interesada, cuando ésta otorga su consentimiento, deberá permitirle decidir que se le comuniquen o no los resultados de la investigación médica o científica correspondiente. La Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos utiliza una fórmula análoga en el inciso c) de su Artículo 513 Sin embargo, esta disposición no se aplicará cuando se trate de investigaciones que utilizan datos disociados de toda persona identificable y no tengan por objeto obtener informaciones individuales sobre las personas que hayan participado en las investigaciones.

En efecto, en el marco de algunos estudios de genética de poblaciones, la recolección de muestras biológicas se efectúa disociándola de una persona identificable, en la medida en que la investigación no tiene por objeto poner de manifiesto resultados individuales. En estos casos, es evidente que una persona que acepta participar en una investigación de este tipo no puede pretender que se le informe individualmente de los resultados de dicha investigación.

j) Artículo 11. Asesoramiento genético

Con respecto a la recolección de datos genéticos humanos con fines de diagnóstico o de atención médica, y más concretamente de cualquier clase de prueba genética individual y familiar efectuada como parte de investigaciones médicas o científicas, este artículo precisa que se ofrecerá asesoramiento genético a la persona interesada. El Consejo ya había examinado esta cuestión cuando debatió los informes denominados diagnóstico y pruebas genéticas y asesoramiento genético. En efecto, antes de someterse a un cribado o prueba genética, toda persona debe recibir asesoramiento genético, a fin de que pueda comprender la índole de dichas pruebas, el significado de sus resultados, los límites de su interpretación, etc. Asimismo, la presentación de los resultados de una prueba genética, positiva o negativa, cuyas repercusiones psicológicas puedan ser importantes para la persona interesada, su familia y descendientes, debe efectuarse en el contexto de un asesoramiento genético. Sin embargo, en el momento de tomar la decisión, la persona interesada puede estimar que el asesoramiento genético es susceptible de coartar su autonomía. Por eso, no es conveniente imponer obligatoriamente el asesoramiento genético, a fin de respetar la autonomía y libertad de la persona. Como quiera que sea, este artículo destaca que los asesores genéticos deben ser independientes, es decir, que no han de estar sometidos a ninguna orientación sanitaria decretada por una institución o un Estado. Por este mismo motivo, el artículo establece tres condiciones para el asesoramiento genético. En primer lugar, no tiene que ser una instrucción, es decir que el asesor genético no debe imponer a la persona que le consulta su propia jerarquía de valores, ni tampoco tratar de influir en las decisiones que ésta debe tomar. En segundo lugar, el

asesoramiento debe adaptarse a las distintas culturas. En efecto, dada la existencia de sociedades cada vez más multiculturales, con una diversidad de referencias culturales, convicciones religiosas y espirituales y formas de vida, el asesor genético debe dar muestras de gran sensibilidad a esta diversidad cultural. Por último, el asesor debe guiarse por el interés superior de la persona que le consulta.

k) Artículo 12. Recolección de muestras biológicas con fines forenses o en causas civiles y penales

Este artículo trata de la recolección de datos genéticos humanos con fines de medicina forense o en causas civiles -comprendidas las administrativas- y penales. En el artículo se precisa que esa recolección de muestras biológicas, in vivo o post mortem, sólo se puede efectuar con arreglo a la legislación o la reglamentación nacional y de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. La medicina forense recurre a menudo a ese tipo de recolección de datos para la identificación de un cadáver o de restos humanos, que sólo puede efectuarse mediante un análisis genético. En el contexto de un procedimiento penal, por ejemplo en caso de violación o de homicidio, es evidente que la recolección de muestras biológicas presupone la existencia de una legislación o una reglamentación nacional. Lo mismo ocurre con los procedimientos civiles. En este último caso, hay que impedir que algunos laboratorios de análisis genéticos realicen, por ejemplo, pruebas de determinación de paternidad a petición de una persona, sin que esas pruebas estén previstas en la legislación o la reglamentación nacional correspondiente. En el Artículo 12 se precisa además que en

los casos de determinación de paternidad debe primar el interés superior del niño y de la familia.

El acceso de una persona a los datos genéticos que le conciernen, así como la confidencialidad de éstos frente a terceros y la calidad y seguridad de su tratamiento, constituyen el objeto primordial de esta cuarta sección, que consta de tres artículos.

l) Artículo 13. Acceso

Dispone que toda persona tendrá derecho al acceso a sus datos genéticos en cualquier momento de su tratamiento. No obstante, tal como dispone el Artículo 9, ese acceso sólo será posible cuando los datos genéticos en cuestión no se hayan dissociado de una persona identificable.

m) Artículo 14. Confidencialidad

El inciso a) del Artículo 14 trata la cuestión de la confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona, una familia o un grupo identificable. En ese párrafo se prolonga lo establecido en el Artículo 7 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Ese párrafo precisa que la confidencialidad se garantizará de conformidad con la legislación o la reglamentación nacionales y con arreglo al derecho internacional relativo a los derechos humanos.

En particular, el inciso b) dispone que no se comunicarán a terceros los datos genéticos asociados con una persona identificable, a no ser que una legislación o una reglamentación nacionales decidan lo contrario en aras del interés público y de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. En el Artículo se mencionan expresamente los empleadores y las compañías de seguros. Es cierto que algunos empleadores podrían considerar necesario tener acceso a tales datos para no asignar a una persona determinada un puesto de trabajo que podría poner en peligro su salud. En el inciso b) se precisa también que, llegado el caso, esas situaciones se pueden prever tal como se ha señalado anteriormente. En este caso, se trata de una limitación del principio del consentimiento análoga a la ya indicada en el inciso a) del Artículo 8 supra y prevista también en el Artículo 9 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

En el marco de la investigación médica y científica, el inciso c) prevé que algunos datos genéticos humanos podrían asociarse con personas identificables, cuando dicha investigación lo justifique. En efecto, a veces se realizan investigaciones médicas y científicas totalmente basadas en la posibilidad de asociar datos genéticos con personas identificables, por ejemplo para estudiar la evolución de una mutación genética en una misma familia a lo largo de varias generaciones. No obstante, en esos casos, la confidencialidad de los datos genéticos debe garantizarse.

En el inciso d) se precisa que, incluso en los casos de datos genéticos disociados de cualquier persona identificable, se deben adoptar las medidas necesarias para

garantizar la seguridad de los datos, a fin de garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas interesadas.

n) Artículo 15. Exactitud, fiabilidad, calidad y seguridad

Este Artículo precisa que los círculos profesionales interesados y las entidades encargadas del tratamiento de datos genéticos humanos tienen la obligación de cumplir determinados requisitos. Las garantías requeridas son cuatro. En primer lugar, la exactitud de los datos genéticos, lo que constituye una exigencia científica. En segundo lugar, la fiabilidad, es decir que el origen de los datos genéticos no sea dudoso en modo alguno. Además, la calidad de los datos genéticos, lo que supone asegurarse de que se han recolectado respetando el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona, con arreglo a las normas establecidas al respecto. Por último, la seguridad, que hace indispensable proteger los datos genéticos, por ejemplo del pirateo. Al igual que el Artículo 13 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, este Artículo hace también hincapié en las responsabilidades especiales en materia de rigor, prudencia, honestidad intelectual e integridad que incumben a los que tratan datos genéticos humanos, habida cuenta de las repercusiones éticas y jurídicas que tienen. A este respecto, cabe recordar que en la Recomendación relativa a la Situación de los Investigadores Científicos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de noviembre de 1,974, se establece que: "un trabajo eficaz de investigación científica requiere investigadores científicos de integridad y madurez que reúnan altas cualidades morales e intelectuales".

La quinta Sección por su parte, se refiere a las múltiples utilidades de los datos genéticos humanos con fines médicos o de otro tipo. Las más problemáticas son quizás las que no tienen una finalidad médica.

ñ) Artículo 16. Modificación de la finalidad o del objetivo de la investigación médica y científica

En el inciso a) del Artículo 16 se precisa que los datos genéticos humanos y las muestras biológicas recolectadas con una de las finalidades enunciadas en el Artículo 5 o un determinado objetivo de investigación médica y científica no podrán utilizarse con otra finalidad o un objetivo distinto de investigación médica o científica sin el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada, de conformidad con el inciso a) del Artículo 8; a no ser que una legislación o reglamentación nacionales decidan lo contrario por considerar que esa utilización es de interés público. Además, esa utilización debe también ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. En efecto, una persona puede dar su consentimiento para participar en una determinada investigación, sin desear, sin embargo, que sus datos genéticos se utilicen en el marco de cualquier otra investigación. Es esencial respetar la decisión de una persona en materia de investigación, pues de no ser así los individuos dispuestos a participar en una de ellas podrían dejar de estarlo por temor de que su consentimiento se utilizara globalmente para cualquier clase de investigaciones. Cuando se trata de personas que no están en condiciones de dar su consentimiento, se aplican las disposiciones de los incisos b) y c) del Artículo 8.

En el inciso b) se dispone que si no puede obtenerse el consentimiento previo, libre, informado y expreso de una persona, o si se trata de datos disociados de toda persona identificable, deberá consultarse a un comité de ética en el plano nacional, a tenor de lo dispuesto en el inciso b) del Artículo 6.

o) Artículo 17. Muestras biológicas conservadas

Establece este artículo lo relativo a la utilización de los datos genéticos humanos obtenidos de muestras conservadas, una cuestión que se plantea en varios países del mundo desde hace unos 10 años. En el inciso a) se establece el principio de que su utilización debe ser objeto de un consentimiento previo, libre, informado y expreso. Sin embargo, en determinadas circunstancias la aplicación de este principio puede resultar difícil por un doble motivo: los datos genéticos conservados en las colecciones en cuestión se han disociado a veces de toda persona identificable; o las personas interesadas han fallecido o cambiado de domicilio y no es posible localizarlas. Por consiguiente, en el inciso a) se prevé que esos datos podrán utilizarse con fines de investigación médica o científica o consideraciones de salud pública, si presentan un interés innegable para esos efectos, aun a falta de consentimiento de las personas interesadas. Sin embargo, deberá aplicarse lo dispuesto en el inciso b) del Artículo 6, es decir, habrá que consultar a los comités de ética, a los que incumbirá pronunciarse sobre el interés innegable que presentan las muestras biológicas conservadas para la investigación médica o científica o para la salud pública.

En el inciso b) del Artículo 17 se señala que las disposiciones del inciso b) del Artículo 12 relativas a la recolección de muestras biológicas con fines de medicina forense o en causas civiles y penales se aplicarán también a la utilización de las muestras biológicas conservadas a tales efectos.

p) Artículo 18. Circulación y cooperación internacionales

En el inciso a), que se refiere a la circulación transfronteriza de datos genéticos humanos y muestras biológicas, se dispone que los estados deberían adoptar una reglamentación para fomentar la cooperación médica y científica internacional y garantizar un acceso equitativo a los datos genéticos humanos. No obstante, los estados deberían también velar por que la utilización de datos genéticos humanos por parte de otro estado se efectúe respetando los principios enunciados en la presente Declaración Internacional.

En el inciso b) se señala que, con vistas a fomentar el aprovechamiento compartido del saber científico, debe alentarse a los investigadores a establecer relaciones de cooperación científica y ética basadas en la reciprocidad. En el inciso b) se precisan dos condiciones: que se respeten los principios enunciados en la presente Declaración Internacional y se adopten las precauciones de rigor para garantizar la confidencialidad y la seguridad de los datos genéticos asociados a personas identificables, aun cuando ya no estén asociados con personas identificables, a tenor de lo que dispone el Artículo 14. Además, con vistas al aprovechamiento compartido de los conocimientos

científicos, se insta a los investigadores a que publiquen oportunamente los resultados de sus trabajos.

q) Artículo 19 Aprovechamiento compartido de los beneficios

El Artículo 19 se refiere a los beneficios que se derivan de la utilización de los resultados de la investigación científica. Habiendo el comité reflexionado sobre estos dos aspectos; así la bioética y la investigación sobre genética de poblaciones humanas y solidaridad y cooperación internacionales entre países desarrollados y países en desarrollo con respecto al genoma humano. El Artículo 19 precisa que los beneficios resultantes de la utilización de los datos genéticos humanos recogidos para la investigación médica y científica serán compartidos por el conjunto de la sociedad y de la comunidad internacional. Al respecto, el artículo ofrece algunos ejemplos de las modalidades que podría revestir ese aprovechamiento compartido de los beneficios.

La sexta sección versa sobre la conservación de los datos genéticos humanos. Aunque de momento la cuestión no parece plantear demasiados problemas en muchos países del mundo, la rápida acumulación de esos datos, sus posibles utilidades, sus distintas modalidades de conservación asociadas a personas identificables o disociadas de ellas, etc., harán que su conservación plantee problemas especialmente arduos. No cabe duda de que esta Sección, que consta de tres artículos, aborda uno de los desafíos más importantes en materia de datos genéticos con respecto a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

r) Artículo 20. Sistema de supervisión y de gestión

Se refiere al establecimiento de un régimen de control y de gestión de los datos genéticos humanos en el plano nacional. En efecto, estos datos genéticos humanos deben gozar de una protección acorde con su condición especial definida en el Artículo 4, así como tener en cuenta los riesgos inherentes a los sistemas informatizados. Es evidente que semejante régimen de gestión supone la existencia de un sistema encargado de supervisar la producción y gestión de los datos genéticos humanos. En el Artículo 20 se precisa que ese sistema debe basarse en los principios de independencia, multidisciplinariedad, pluralismo y transparencia, así como en los enunciados en la Declaración Internacional. Por último, ese sistema debe examinar la forma y las finalidades de la conservación de esos datos, así como los problemas planteados por su régimen de propiedad o cualquier otro régimen que se les aplique.

s) Artículo 21 Destrucción

En el inciso a) se reconoce a toda persona el derecho a exigir la destrucción de sus datos genéticos y muestras biológicas. Se contemplan dos excepciones. La primera se refiere a los datos genéticos que se han dissociado de cualquier persona identificable. En este caso, por los motivos indicados en el Artículo 9, resulta imposible identificar los datos cuya destrucción se pide. La segunda excepción se refiere al caso en que una legislación o una reglamentación nacionales impongan la conservación de esos datos genéticos en interés de la salud pública, el orden público o la seguridad nacional.

En el inciso b) se especifica que los datos genéticos humanos extraídos de un sospechoso en el curso de una investigación penal se destruirán cuando el acusado haya sido sobreseído o absuelto por sentencia definitiva. Aunque en las pruebas de identificación se analizan las secuencias del ácido desoxirribonucleico ADN denominado no codificante, es cada vez más evidente que incluso ese ADN contiene datos importantes de índole personal y médica. Por eso, la conservación de los datos genéticos de una persona declarada inocente no se justifica. En cambio, cuando se condena definitivamente a una persona por un delito, sus datos genéticos podrán conservarse en un fichero para facilitar la identificación de delincuentes por la policía judicial – por ejemplo, constitución de ficheros de ADN de delincuentes sexuales –.

Con respecto a las acciones civiles, encaminadas a determinar la filiación o identificar soldados muertos en el combate, el inciso c) dispone que los datos genéticos sólo se conservaran durante el tiempo necesario para la prosecución de esas acciones.

t) Artículo 22. Comparación

Se refiere a una de las garantías más esenciales del respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad de la persona en materia de datos genéticos humanos. En efecto, en el Artículo 5 se precisa con qué fines pueden recolectarse los datos genéticos humanos, a saber: investigación científica, atención médica, medicina forense y necesidades de la justicia. De ahí que, a fin de respetar la letra y el espíritu del consentimiento previo, libre, informado y expreso, y evitar cualquier posibilidad de discriminación o estigmatización, sea esencial autorizar los cotejos de datos genéticos

sólo cuando se hayan recogido con una misma finalidad. En cambio, los datos genéticos recogidos con vistas a un diagnóstico, atención médica o para la investigación médica y científica, por una parte, y los obtenidos para atender las necesidades de la justicia, por otra, no deben cotejarse. Por ejemplo, según este artículo, constituiría una violación de la confidencialidad de los datos genéticos con respecto a terceros el hecho de cotejar datos genéticos humanos recolectados para un diagnóstico genético con los datos genéticos humanos conservados en los antecedentes de personas condenadas por actos delictivos.

La última sección de la Declaración Internacional consta de cuatro artículos y se refiere a su fomento y aplicación.

u) Artículo 23 Aplicación

En el inciso a) se prevé que los Estados tomarán medidas apropiadas para poner en vigor los principios enunciados en la Declaración Internacional. La experiencia demuestra que las leyes o normas sólo se aplican en la práctica si vienen respaldadas por actuaciones en los terrenos de la enseñanza, la formación y la información. Por eso, el artículo hace hincapié en este párrafo, no sólo en el aspecto legislativo o reglamentario, sino también en el educativo e informativo.

En el inciso b) se prevé que los Estados se esforzarán por concertar acuerdos bilaterales y multilaterales a fin de reforzar la capacidad de los países en desarrollo de

compartir el aprovechamiento de los conocimientos científicos relativos a los datos genéticos humanos y las competencias necesarias.

v) Artículo 24. Educación, formación e información relativas a la ética

En este Artículo se precisa que incumbe a los Estados fomentar la educación, la formación y la enseñanza relativas a la ética – educación formal y no formal, educación de adultos, formación permanente, formación de docentes, etc. – en todas sus formas y a todos los niveles, enseñanza primaria, secundaria y superior. Les corresponde, asimismo, favorecer los programas de información y difusión de los conocimientos tanto entre grupos específicos como entre el público en general. En este artículo, se menciona expresamente la formación de los miembros de los comités de ética, vacío observado a menudo en numerosos países. Por último, el artículo prevé que para la realización de esta tarea los Estados recurrirán a las organizaciones intergubernamentales, internacionales y regionales, y a las organizaciones no gubernamentales internacionales, regionales y nacionales.

w) Artículo 25. Funciones del Comité Internacional de Bioética y del Comité Intergubernamental de Bioética

Se refiere a la difusión de los principios enunciados en la Declaración Internacional, así como a las responsabilidades que incumben al Comité Internacional de Bioética de la UNESCO y al Comité Intergubernamental de Bioética de la UNESCO en la realización de esa tarea. Se encomienda a ambos Comités que procedan conjuntamente al

seguimiento y la evaluación de la aplicación de la Declaración, basándose sobre todo en los informes suministrados por los estados y, en particular, que formulen todos los dictámenes o propuestas susceptibles de favorecer su eficacia.

x) Artículo 26. Actividades de seguimiento de la UNESCO

Este Artículo precisa que en el marco del seguimiento de la Declaración, la UNESCO adoptará todas las medidas apropiadas susceptibles de favorecer los avances de las ciencias de la vida y sus aplicaciones, respetando la dignidad humana y velando por el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Dado que las ciencias constituyen uno de los ámbitos de competencia de la UNESCO, ninguna otra organización está en mejores condiciones para fomentar la libertad de investigación, velando al mismo tiempo por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

y) Artículo 27. Salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana

Este artículo que se inspira en el Artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Artículo 25 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, tiene por objeto impedir toda desviación de los principios enunciados en la Declaración Internacional. Ninguno de sus principios debe interpretarse independientemente de las demás disposiciones de la Declaración Internacional ni ser utilizado con fines manifiestamente contrarios a esas disposiciones.

CAPÍTULO IV

4. Las pruebas biológicas en el proceso penal

4.1 La ciencia biológica como medio de prueba

A la hora de aplicar determinadas técnicas científicas avanzadas, como es el caso de la identificación por el ADN de presuntos delincuentes en una investigación criminal como objeto de una prueba pericial en un proceso penal, se presentan varios y complejos problemas. Por ejemplo, en innumerables casos en los que se aplicaba una técnica antigua como fue el test de la parafina, supuestos en los que con posterioridad hubo de anularse las condenas dada la poca fiabilidad de estas técnicas de investigación científica, tal y como vino a demostrarse con nuevos adelantos científicos¹⁰.

De acuerdo a Fragoso: “ello sin tener en cuenta las diferencias sustanciales que existen entre la aplicación de un método científico en circunstancias controladas en un laboratorio y su utilización en escenarios muy distintos, como puede ser el lugar donde se ha cometido un delito: contaminación de las muestras con una serie de productos incontrolados, imposibilidad, en muchas ocasiones, de poder repetir los análisis, etc. Además, desde un punto de vista de la valoración jurídica de los informes periciales que tienen por objeto modernas técnicas científicas de identificación, ha de tenerse en cuenta el carácter esotérico que para los no científicos posee el lenguaje especializado que éstos utilizan. Esta circunstancia puede en la práctica impedir que de hecho un

¹⁰ Fragoso Álvarez, Tomas López, **Las pruebas biológicas en el proceso penal**, Pág. 36

juez pueda valorar adecuadamente, y así libremente, una prueba pericial científica, o que las partes puedan ejercer su derecho de contradicción...¹¹ con la ciencia no se puede discutir". El caso americano es sintomático en este aspecto. Después de haber acogido con total alegría las pruebas biológicas, principalmente la identificación por el ADN, desde hace unos años se discute sobre la viabilidad de traspasar tales técnicas sin más a los laboratorios forenses con el fin de poder condenar, en su caso, a un presunto delincuente. En definitiva, la ciencia busca la verdad a un precio distinto al derecho. El mundo jurídico no puede intentar alcanzar la verdad a cualquier precio, teniendo, sin ir más lejos, una serie de limitaciones formales, entre las que destacan la prohibición de utilizar las fuentes de prueba obtenidas con violación de los derechos fundamentales.

Siendo evidentes los grandes avances que se han producido en los últimos años en el campo de la biología genética, no significa esto que las modernas técnicas científicas puedan utilizarse sin más para basar sobre ellas la condena o la absolución de un acusado. En última instancia, nos encontramos con un problema de política legislativa.

Hoy por hoy, según nuestro derecho positivo, encontramos los siguientes núcleos problemáticos en relación a las modernas pruebas biológicas, de las que el paradigma actual lo constituye la identificación por el ADN, siendo estos:

4.1.1 La naturaleza jurídica de los actos de identificación por el ADN, teniendo que diferenciarse entre actos de prueba y meros actos de investigación criminal.

¹¹ **Ibidem**

4.1.2 La necesidad y/o la posibilidad de realizar intervenciones corporales con el fin de poder practicar una prueba pericial científica.

4.1.3 Toda una serie de garantías y presupuestos que han de respetarse en los casos concretos en los que se pretenda utilizar los modernos conocimientos científicos como medios jurídicos de prueba.

4.2 Actos de investigación y actos de prueba

Si por prueba entendemos aquella actividad que los sujetos de un proceso realizan, bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, en el juicio oral ante el órgano jurisdiccional, con el fin de lograr la convicción del juzgador sobre la veracidad de las afirmaciones de hecho de las partes, y por actos de investigación penal realizado por el Ministerio Público en la etapa de instrucción de un proceso penal, con el fin de comprobar o averiguar la realización de hechos delictivos y a sus autores, queda patente su diferencia estructural, aunque externamente ambas actividades puedan parecer idénticas.

Así, a un experto científico puede parecerle que de hecho realiza la misma actividad cuando informa sobre un hecho investigado por él a los fines de averiguar alguna circunstancia del hecho delictivo perseguido penalmente, a cuando ese informe constituye una prueba pericial. Pero, jurídicamente, la investigación se dirige a descubrir o comprobar hechos, mientras que la prueba lo que intenta es lograr la convicción del juez sobre la veracidad de los hechos afirmados por las partes.

La prueba tiende a posibilitar la destrucción de la presunción de inocencia, y con ello alcanzar una sentencia condenatoria. Los actos de investigación tienden a lograr la acusación y la defensa. Naturalmente que la distinción jurídica entre actos de mera investigación y actos de prueba se basa en el propio sistema procesal penal, como sistema acusatorio-formal, y así en los principios que lo informan. La prueba ha de realizarse en el juicio oral, por lo tanto, en un juicio concentrado, informado por la contradicción y la igualdad de las partes, siendo valorada libremente por el juzgador.

Por ello, se ha de distinguir entre el juez sentenciador y el juez investigador, teniendo que practicarse las pruebas ante el juez sentenciador, basando éste su convicción, y así la posible condena, en las pruebas practicadas.

Las pruebas biológicas, como pruebas periciales científicas, tendrían, por lo tanto, que realizarse en el juicio oral de un proceso penal, independientemente de haberse podido efectuar con anterioridad, en la etapa introductoria, determinados actos de investigación periciales.

Pero las pruebas periciales científicas que tienen por objeto modernas técnicas de investigación como es el caso de la identificación por el ADN, por sus propios condicionamientos, van a exigir que se permita una excepción a las reglas sobre las pruebas en el proceso penal. Dicha excepción, también admitida para otra serie de actos que se desarrollan en la fase de investigación de un proceso penal, constituye un supuesto de la denominada prueba anticipada o preconstituida. De tal manera que determinados actos de investigación, que por su propia naturaleza no pueden ser

realizados en el juicio oral, podrán, no obstante, obtener la naturaleza de actos probatorios, siempre que se garantice la contradicción de las partes mediante su reproducción en el juicio oral.

Pero aquí se encuentran dos problemas diversos: a) la pericia no puede volver a practicarse en el juicio oral por su propia naturaleza, por ejemplo, los métodos alcoholométricos. Entonces la solución jurisprudencial consiste en permitir la realización de la prueba con anterioridad al juicio oral, pero, en garantía del principio de contradicción, habrán de acudir al juicio oral los peritos que realizaron tales actos de prueba anticipada con el fin de ratificar sus informes, pudiendo alegar al respecto las partes lo que tengan por conveniente para su defensa; b) la pericia ha sido realizada en la etapa de instrucción, pero los sujetos que la han efectuado, a los que se ha de acudir por la complejidad de los métodos de investigación que han de emplearse, y por la necesidad de dotar a tales técnicas de la máxima fiabilidad posible, no son otros que determinadas instituciones oficiales cualificadas, como pueden ser El Instituto Nacional de Ciencias Forenses, Ministerio Público y Gabinete de Identificación de la Policía Nacional Civil.

La excepción a las reglas de las pruebas en el proceso penal consistirá no sólo en permitir la realización anticipada de dichas pruebas, sino además se permite también su consideración como prueba anticipada sin necesidad de ratificación en el juicio oral de los peritos.

La doctrina jurisprudencial contempla que, respecto del supuesto b), alguna de las partes impugna la prueba pericial anticipada, negando su veracidad o criticando su contenido, habrá de someterse a contradicción en el juicio oral el informe pericial presentado, por lo que habrán de ser citados a la etapa probatoria del juicio oral los peritos en cuestión al objeto de presentar sus informes periciales.

4.3 Intervenciones corporales

Las intervenciones corporales, en cuanto medidas restrictivas de determinados derechos fundamentales, consistentes en medios de investigación o de adquisición de fuentes de prueba que tienen por objeto el cuerpo de las personas con el fin de poder perseguir eficazmente hechos delictivos de especial importancia, vienen a constituir, en la mayoría de las ocasiones, un requisito para poder realizar una prueba biológica. Ello es evidente en los casos de identificación por el ADN, la cual exige una intervención corporal, aunque sea mínima, con el fin de obtener una muestra de ADN que pueda compararse con el indicio encontrado en el lugar del crimen o la persona agraviada por el delito.

Constituyendo las intervenciones corporales una restricción de importantes derechos fundamentales, cabe plantearse en primer lugar la posibilidad de realizar válidamente en nuestro sistema jurídico tales intervenciones.

Estas medidas restrictivas pueden afectar a los siguientes derechos fundamentales:

a) La dignidad de la persona

La jurisprudencia supranacional, consideran que las intervenciones corporales no atentan contra la dignidad de las personas, siempre que se realicen con respeto a determinados presupuestos. Así, por ejemplo, si atentaría contra la dignidad personal, como declara la doctrina alemana, “los denominados test falométricos, mediante los cuales se trataría de medir la reacción del pene ante estímulos sexuales”¹².

b) Integridad física y moral y prohibición de los tratos inhumanos o degradantes

Siguiendo la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, considera que “una intervención corporal, como puede ser una extracción de sangre, suponga un trato inhumano o degradante, ni mucho menos que atente contra la integridad física. Sin embargo, alguna jurisprudencia menor, estima que sí constituiría un trato humillante, las exploraciones vaginales o anales manuales, permitiéndose, no obstante, las exploraciones radiológicas”¹³.

c) Derecho a la libertad

Como es evidente, tal y como declara la Comisión Europea de Derechos Humanos, una intervención corporal puede suponer una limitación de la libertad de los individuos,

¹² **Ibidem**, Pág. 42

¹³ **Ibidem**

porque su práctica puede exigir, sin ir más lejos, su detención y su posterior traslado a un centro especializado para la toma de determinadas muestras biológicas.

Pero no es menos patente que, cumpliéndose con sus presupuestos y garantías, la libertad individual puede limitarse, como sucede con la detención preventiva.

d) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable

También declara la doctrina internacional que no se vulnera el principio constitucional *nemo tenetur se detegere* con la práctica de una intervención corporal, dado que el imputado en estos casos constituye más bien objeto de prueba que sujeto, teniendo que admitir, pasivamente, la obtención de fuentes de prueba de su cuerpo. En definitiva, en una intervención corporal el sujeto afectado no está realizando ningún acto procesal como sujeto activo, sino más bien soportando la búsqueda de elementos inculpatórios o exculpatórios sobre su persona. El sujeto pasivo de una intervención corporal no pretende realizar voluntariamente un acto procesal, sino que es objeto de tal acto, por lo que no puede entenderse como una autoinculpación.

Así mismo sucede en definitiva, con toda una serie de medidas restrictivas de derechos fundamentales que tienden a hacer eficaz el *ius puniendi* del Estado, como son los registros domiciliarios, la interceptación postal y telegráfica, las intervenciones telefónicas, etc., las cuales se dirigen, contra la voluntad de los imputados, a posibilitar su efectivo enjuiciamiento.

e) Derecho a la intimidad personal

Como es obvio la intimidad personal, en el sentido de intimidad corporal, puede verse afectada por una medida restrictiva que imponga una intervención corporal. Si tenemos en cuenta que, en realidad, la mayoría de estas indagaciones corporales no exigen más que una mínima afectación de nuestra integridad física, como puede ser el hecho tan cotidiano de una extracción sanguínea, o aun de menor entidad, como es la extracción de un simple cabello, comprobamos que quizás el derecho fundamental que pueda verse más restringido con una intervención corporal sea el derecho a la intimidad corporal, en cuanto ámbito personal cuyas circunstancias queremos guardar secreto de su conocimiento por terceras personas. Pero no es menos evidente que la doctrina del intérprete máximo de nuestra Constitución no admite ningún derecho fundamental como derecho ilimitado. El derecho a la intimidad puede verse limitado en casos determinados, en general en consideración a otros intereses dignos también de protección, y así el interés público en hacer eficaz la persecución de importantes delitos.

En definitiva, las intervenciones corporales, aun restringiendo importantes derechos fundamentales, encuentran acomodo en nuestro derecho positivo, respetando importantes garantías, entre las que destaca el respeto al principio de proporcionalidad. Pero una cosa es que se estimen legítimas las intervenciones corporales en general, y otra que éstas puedan practicarse coactivamente, esto es, mediante el uso de la fuerza. En el derecho comparado sí se reconoce esta posibilidad de imposición coactiva de una intervención corporal. Así, por ejemplo, en el derecho procesal penal

alemán, donde su Código Procesal Penal en el Artículo 81 obliga al inculcado a tolerar este tipo de investigaciones corporales, aunque sin tener que prestar una colaboración activa en la misma, aunque, siempre que tales actos no atenten contra la salud, los inculcados pueden verse sometidos a ellos, aún sin su consentimiento.

En España, hoy por hoy, la solución que la jurisprudencia ofrece al respecto, partiendo del hecho de la ausencia total de su previsión normativa expresa, puedo resumirla como sigue:

a) En ningún caso puede imponerse coactivamente una intervención corporal;

b) El que no pueda imponerse por la fuerza física la realización de una intervención corporal no significa que no se trate de una obligación. El sometimiento a una intervención corporal ordenada adecuadamente por un órgano jurisdiccional competente constituye una obligación, pero una obligación para cuyo cumplimiento no puede ejercerse la fuerza física.

c) La negativa injustificada a consentir una intervención corporal puede suponer:

- La comisión de un delito de desobediencia

- Un indicio a valorar junto con otros indicios, con base en los cuales podrá, en su caso, estimarse la culpabilidad del imputado, destruyendo la presunción de inocencia.

Por todo ello, cabe plantearse si no sería más acertada y más acorde con un sistema procesal penal garante de los derechos fundamentales, una regulación expresa y sistemática de las intervenciones corporales como medidas coercitivas en el proceso penal, y así pudiera, respetándose importantes garantías y presupuestos, imponerse en su caso una intervención corporal sin el consentimiento del afectado. En la actualidad las soluciones a las que ha llegado la jurisprudencia, parecen las más adecuadas con la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, la situación actual no deja de ser criticable, por dos razones fundamentales: una, la ineficacia en la práctica de considerar el no sometimiento voluntario a una intervención corporal como un delito de desobediencia, teniendo en cuenta la levedad de su pena, arresto mayor; y, en segundo lugar, el indicio en realidad esconde una presunción de culpabilidad por el hecho de no aceptar voluntariamente la práctica de la pericia de referencia.

4.4 La intervención corporal para toma de muestras de ADN

Como ya lo indicara supra a la hora de analizar los diferentes derechos fundamentales que entran en juego cuando se contempla la posible toma de muestras de una persona, debe repararse en el doble alcance de ese acto: el acto en sí y la finalidad del mismo.

Un ejemplo puede ser muy ilustrativo: coger una colilla de cigarro depositada por una persona en un cenicero es un acto intrascendente para los derechos fundamentales si quien toma la colilla pretende únicamente apagarla, pero incidirá de lleno en aspectos constitucionales si tal colilla se emplea en el análisis del ADN a fin de decidir sobre la

viabilidad de una reclamación de paternidad que se estudia entablar, o para decidir por una compañía aseguradora sobre un seguro de vida.

En este sentido, destaca la doctrina una triple vertiente en la afectación de los derechos fundamentales:

a) El acto de obtención de muestras corporales;

b) El análisis de las mismas, especialmente el alcance con que habrá de realizarse dicha investigación, y

c) La forma en que puedan utilizarse sus resultados.

Me centraré en el primero de los apartados, si bien el planteamiento debe partir de un punto de reflexión inicial: el peligro de vulneración de los derechos fundamentales se sitúa no tanto en la obtención de las muestras sino en el alcance de los datos que se obtengan por medio del análisis de éstas y la difusión de los resultados del mismo.

Destaca Fábrega Ruíz¹⁴, dos importantes ideas: primera, ya no es preciso afectar, ni siquiera mínimamente, a la integridad física de una persona para poder realizar las pruebas. Pensemos que es posible extraer ADN de la saliva existente en una colilla o en un chicle. Y, segundo, el ADN que se estudia cuando se emplean estas técnicas es

¹⁴ Fábrega Ruíz, **Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la huella genética y su valoración. En la ley.** Pág. 3.

el llamado no codificante, que no guarda ningún tipo de información genética y, por ello, su conocimiento no afecta para nada a los derechos fundamentales de la persona.

4.5 La toma indirecta de muestras de ADN. La no siempre posible elusión de la intervención corporal

De acuerdo a Jaime Moreno, es conveniente reparar en la posibilidad de eludir una intervención corporal para toma de muestras, lo que denominaremos toma directa de muestras, por ejemplo a través de una extracción de sangre, a través de la recogida de vestigios personales en los que se contienen células de las que pudiera obtenerse ADN y que no precisan de su colaboración para ser tomadas, toma indirecta de muestras, que no exige intervención corporal, así: células contenidas en una colilla, en un vaso, en un pañuelo, en ropa interior, etc.¹⁵.

El régimen y los problemas de una y otra toma de muestras son diferentes. La toma indirecta se regula con arreglo a las normas que hemos visto para la recogida de huellas o vestigios. La obtención de estas muestras a través del cumplimiento de la orden judicial de entrada y registro en el domicilio del sospechoso o en su lugar de trabajo o en cualquier otro, no plantea otros problemas jurídicos específicos que los allí examinados.

Ahora bien señala el autor citado supra que en estos casos, pueden originarse dificultades por las dudas sobre la fiabilidad de la prueba derivadas de varios factores:

¹⁵ Moreno Verdejo, Jaime, ADN y proceso penal, Pág. 8

la posible dificultad para establecer la identidad de la muestra con el muestreado, piénsese en el supuesto de que la vivienda del sospechoso donde se recogieron efectos personales fuera habitada por varias personas o que se introdujera la duda acerca de la pertenencia de la muestra a un visitante ocasional de la vivienda; también por la posible interferencia en el análisis de determinados factores que inciden en la muestra por el modo de la toma, suscitando el problema de la contaminación de la muestra o de la muestra degradada. En definitiva, este tipo de análisis sobre muestras obtenidas sin el consentimiento del sospechoso a través de la localización de excrecencias suyas, puede resultar simple en su práctica o realización, pero complicado en su valoración ante la previsible existencia de dudas multiplicadas por la acción de la defensa sobre la identidad y fiabilidad del análisis.

Importante resulta señalar que Moreno señala que: "...las anteriores consideraciones son de interés en tanto que el nuevo Artículo 363, párrafo. 2, al regular la toma de muestras biológicas del sospechoso se refiere a las muestras indispensables junto a la mención de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Pese a ello, el juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de una toma corporal de muestras si consta el consentimiento en contra del sospechoso no puede ser rechazado por la simple consideración de que bastaría una toma indirecta de muestras, sin su consentimiento, mediante la recogida de una excrecencia.

Como se ha razonado, la toma de muestras puede resultar de interés que se efectúe de una determinada manera - toma directa o corporal – que asegure en mayor medida su identidad y sus condiciones, factores que de no concurrir en igual proporción en una

recogida de vestigios – toma indirecta de muestras – pueden dar lugar a un juicio positivo de proporcionalidad sobre la consideración de la necesidad de una toma directa de muestras del cuerpo del sospechoso”¹⁶.

Indica el autor citado que en definitiva, puede ser necesaria la toma de muestras contra la voluntad ya que, en ocasiones, no será suficiente con muestras que pudieran ser tomadas sin dicha voluntad. Ahora bien, la recogida de vestigios en los que se hallaren células de una persona. Por ello, si hubiere razones de urgencia la policía podrá proceder a su recogida. Aun sin razones de urgencia la diligencia de recogida por la policía será irregular pero no nula.

4.6 Sujetos susceptibles a la toma de muestras

4.6.1 El sospechoso

No se trata de una categoría procesal nueva, pero sí que pasa a engrosar la larga lista de denominaciones que la jurisprudencia usa para designar a la parte pasiva de un proceso penal.

La alusión al sospechoso suscita varias cuestiones. Primero, el precepto no limita la prueba al sospechoso de tal o cual determinado delito, ni alude a la necesidad de que se trate de delitos graves o de determinada gravedad. Tampoco excluye expresamente al sospechoso de una falta. La cuestión queda indirectamente regulada bajo la alusión

¹⁶ **Ibídem**, Pág. 9

del precepto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y a la mención siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen. Parece difícil descartar a priori la posibilidad de la prueba en cualquier tipo de infracción penal por el argumento de su escasa gravedad.

La exclusión de las faltas, que inicialmente podría sostenerse, se puede cuestionar en determinados casos, por ejemplo las faltas por imprudencia con resultado de muertes y altas consecuencias indemnizatorias.

El término sospechoso amplía el concepto de imputado, pues no se exigirá que el sometido a la prueba haya adquirido ese status procesal. No es preciso que se le haya tomado declaración judicial previamente.

Ahora bien, la medida de intervención corporal no podrá adoptarse indiscriminadamente, frente a cualquiera. Deberán concurrir en el sometido unos mínimos indicios, a valorar por el juez, que permitan atribuirle la condición de sospechoso. No es sospechoso cualquiera.

No cabe, por ello, someter obligatoriamente a la prueba a personas del entorno familiar del sospechoso – hermanos, ascendientes – aun cuando de su análisis de ADN pudiera averiguarse la participación de aquél.

Relacionada con esta cuestión se suscita un interesante problema: es posible, de hecho bastante frecuente en materia de prueba de ADN para determinación de la

filiación en procesos civiles, que la prueba arroje como resultado que el muestreado no es el autor pero indique que lo es una persona –más o menos concreta – de su entorno familiar. En tales casos en que el resultado de la prueba excede de lo solicitado por el juzgador ¿debe el perito comunicar al juzgado y, en tal caso, puede éste hacer uso, del descubrimiento no específicamente buscado a través de la prueba? La cuestión exige distinguir si nos hallamos ante un procedimiento civil o penal. Los diferentes principios por los que se rigen ambos determinan una distinta solución.

En el proceso civil por ejemplo, la demanda de reconocimiento de filiación se dirige frente a A y el análisis arroja como resultado que el padre no es A, pero el perito viene en conocer que es padre B, hermano de A, entendemos que el perito no deberá comunicar tal resultado al ser ello contrario a los principios dispositivo y de aportación de parte.

En el proceso penal, el perito sí tiene obligación de comunicar el dato al juez de Instrucción. Se trata, en definitiva, de un hallazgo casual y su regulación debe sujetarse a las normas que rigen esta modalidad procesal.

4.6.2 La víctima

La exclusiva mención del sospechoso suscita la cuestión de si – ante la infrecuente negativa de la víctima a una prueba comparativa de ADN – la autoridad judicial puede acordar que sea sometida de manera obligatoria a ese tipo de intervención corporal. Considero que la respuesta ha de ser afirmativa por las siguientes razones:

El argumento de que la obligación de la víctima de someterse a la prueba no es decisivo, ya que no limita la toma de muestras subjetivamente. Se refiere sólo a la parte pasiva de un proceso, al sospechoso, y en relación a los problemas que en torno al mismo se suscitan, pero no a la parte activa del procedimiento o víctima tal vez en la idea preconcebida de su normal disposición a la entrega de la muestra para la prueba. Que no se diga nada de la víctima no permite concluir que la excluya en todo caso. Así mismo, la víctima tiene una serie de deberes con la Administración de justicia, no puede dejar de comparecer, no puede negarse a declarar o declarar falsamente, etc. Cuyo incumplimiento reporta además consecuencias procesales y en ocasiones incluso de orden penal, por ello cabe apoyar la posibilidad de restringir su voluntad, conminándole a un análisis de esta naturaleza, en su deber de colaborar con la administración de justicia.

Por otro lado, la solución debe tener en cuenta que la prueba puede resultar decisiva no sólo para lograr la condena de un culpable sino, en ocasiones, para evitar la condena de un inocente: piénsese en un posible recurso de revisión frente a una sentencia condenatoria en el que interesara la práctica de esta prueba exigiéndose la toma de muestras de la víctima. No parece que sea bastante en tales casos conformarse con la valoración, siempre posible desde luego, de la negativa de la víctima a la práctica de la prueba.

Finalmente considero que en caso de no admitirse esta interpretación, cabría siempre acudir a la toma indirecta de vestigios de la víctima para posibilitar la prueba. Y

también, la eventual práctica ilícita de la prueba –al margen de otras responsabilidades – no acarrearía su nulidad en tanto se tratara de prueba de descargo, dado que la prueba de descargo no se rige por los mismos parámetros en cuanto a la apreciación de su nulidad que la prueba de cargo.

4.6.3 La prueba sobre grupos de personas

De acuerdo a Guillén Vázquez¹⁷, la posibilidad de realizar la prueba de ADN no a una persona con una relación directa y que fruto de una investigación adquiere la cualidad de sospechoso, sino a un grupo de personas más o menos amplio que, por pertenecer a determinado colectivo, se ven implicadas en la investigación suscita serios problemas.

Solamente podemos hacer referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y la mención del sospechoso. No estamos ante la creación de una base de datos para la investigación de una serie de delitos, sino ante la investigación de un caso concreto en el que se tiene algún indicio, algún elemento definidor, del posible autor de los hechos, practicándose la prueba sobre un grupo, mas o menos amplio, de personas en quienes concurren determinados elementos de sospecha.

Se dice que: “este tipo de pruebas ya se ha suscitado en nuestro país y ha sido utilizada con más frecuencia en otros países. Entre 1983 y 1986 se produjeron en el condado de Leicestershire, Reino Unido, una serie de violaciones. Analizados los

¹⁷ Guillén Vázquez, Marcela, **ADN en el proceso penal**, Pág. 54

restos de semen resultaron proceder del mismo individuo. Por la concentración de espermatozoides se dedujo que el autor tendría que tener entre 13 y 30 años. Se requirió policialmente a todos los hombres de la zona para que voluntariamente se sometieran a una extracción de sangre para el ulterior análisis del ADN. Se llevaron a cabo más de cinco mil análisis. El resultado fue negativo: “no había coincidencia entre las muestras analizadas y las halladas en los lugares de comisión de los delitos. El autor había presentado una documentación de otra persona y se presentó voluntariamente a los análisis, como posteriormente se descubrió en virtud de la declaración de unos testigos que le oyeron años mas tarde jactarse de la suplantación”¹⁸.

Posteriormente se ha suscitado la cuestión en otros países europeos, en concreto, en Francia y Alemania. En este último, donde existe un intenso debate sobre la cuestión, se aplicó en distintas ocasiones. En un caso de violación y homicidio se tenían igualmente los restos de esperma y en las inmediaciones de la casa había sido visto un vehículo Porsche novecientos cuarenta y cuatro, matriculado en Munich, solicitándose la toma voluntaria de setecientos cincuenta varones propietarios de un vehículo de estas características¹⁹.

Continúa manifestando el autor en análisis que: “...se plantean ante estos test masivos, una serie de cuestiones jurídicas de especial trascendencia. Con la nueva regulación ofrecida por el artículo 363 no parece que sea posible que el Juez acuerde

¹⁸ Gelwitz, Mark, Comentarios del caso Pitchforf, Pág. 128, 1998

¹⁹ Moreno Verdejo, Jaime, **Ob. Cit.**, Pág. 12

obligatoriamente los análisis para un amplio e indeterminado grupo de personas. El Artículo 363 mediante la referencia al sospechoso impide que pueda adoptarse judicialmente la medida como obligatoria respecto de tales grupos de población. El término sospechoso parece exigir una mayor concreción.

Además, una medida de tal índole pudiera vulnerar los principios que se recogen en el artículo 363. El acto de recabar el consentimiento de los requeridos a la práctica de la prueba puede no eludir el juicio desfavorable de proporcionalidad y razonabilidad”²⁰.

Ahora bien, deduzco entonces que el juicio de proporcionalidad no siempre ha de ser negativo y ha de descartar la posibilidad de someter a la prueba –incluso obligatoriamente – a un determinado número de personas. Así, cuando el círculo de sospechosos en el caso concreto se vea reducido a un determinado número, individualizados por una serie de características comunes, por ejemplo, individuos de una determinada población de escasos habitantes, de determinada franja de edad, de determinado color de pelo, con unas específicas o poco comunes características físicas, con una directa relación con la víctima, etc. Nada impediría al Juez entender que concurre en todos ellos la condición racional de sospechosos y acordar obligatoriamente para ellos la medida, y menos aún impediría admitir la sujeción voluntaria a la prueba de quienes fueran llamados.

Adicionalmente a esto, en casos de pruebas masivas voluntarias surge la cuestión de la validez del consentimiento por quien decida someterse. Es cuestionable la validez

²⁰ **Ibidem**, Pág. 13

del consentimiento en estos supuestos por dos razones. Primera, la presión social en entornos pequeños hace pensar en un consentimiento posiblemente viciado por presión ambiental en algunos casos. En segundo lugar, porque el perfil genético de un individuo que se prestó al análisis voluntariamente puede no coincidir con el encontrado en el lugar del delito pero sí determinar que se puede tratar de un familiar consanguíneo a él. Nos encontraríamos entonces con lo que la jurisprudencia se denomina “la doctrina de los hallazgos casuales, lo que no plantea dudas acerca de la posibilidad de utilizar tal resultado como ya se vió, pero siempre que quien se prestó voluntariamente a la prueba haya prestado su consentimiento informado y con conocimiento de que con ello pudiera estar revelando o desvelando la participación criminal de un familiar”²¹.

A este respecto contempla Moreno Verdejo: “...es posible considerar que el sujeto no habría accedido a la prueba si hubiera sido advertido de tales circunstancias o condiciones. Habría que valorar en estos supuestos la falta de consentimiento. La negativa a la práctica por parte de un individuo que pertenece a ese grupo de los requeridos suscita serias dudas. La solución dada en Alemania parece en nuestro país de difícil aplicación. En el caso antes comentado de los titulares del vehículo Porsche, quiénes se negaron a someterse – se habían solicitado setecientas cincuenta – y automáticamente se convirtieron en inculpados y se procedió, con base en esta negativa, a aplicarles el artículo 81, y por tanto, a obligarles a someterse a la prueba. En estos casos el principio de proporcionalidad sufre una merma difícil de valorar, sin

²¹ Etxeberria Guridi, Johan, **La inadmisibilidad de los test masivos de ADN en la investigación de hechos punibles**, Actualidad Penal, 1999, Pág. 541

que parezca suficiente indicio la pertenencia a una amplia franja de edad, raza, sexo o población para ser reputado sin más sospechoso por el hecho de no someterse voluntariamente”²².

4.7 La intimidad corporal y la intimidad personal

La distinción entre el quebrantamiento que de la intimidad se puede llevar a cabo en una intervención corporal como tal y el quebranto producido por la información que arroje el análisis de la muestra corporal, se refleja en el contenido doctrinal que establece que la intimidad personal tiene un contenido más amplio que el de la intimidad corporal, en cuanto deriva de la dignidad humana e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.

Ahora bien, conviene distinguir el acto de la toma de muestras en sí y el análisis de los datos que genéticamente encierra la muestra. En el acto en sí de la toma de muestras lo que se ve afectado es la intimidad corporal en su caso. La intimidad personal sólo se verá afectada cuando lo que se autorice sea el conocimiento, por medio del análisis, de extremos innecesarios para la investigación penal. Esto último no tiene nada que ver con la intervención corporal. Y el ligamen que se establece con la intimidad personal es falaz a los efectos de exigir requisitos especiales.

²² Moreno Verdejo, Jaime, **Ob. Cit.**, Pág. 12

De acuerdo a un autor: "...razonando en paralelo con la declaración testimonial, sería tanto como denegar un testimonio completo por el hecho de que en el curso de la toma del mismo se formularan algunas preguntas íntimas e improcedentes al testigo. Podrán tales preguntas ser impertinentes, pero tampoco podrá extremarse la conclusión hasta el punto de entender que si el Juez no las impide se esté lesionando de forma relevante el derecho fundamental a la intimidad. No creo que esos aspectos añadan nada específico al tema de las intervenciones corporales: es un problema del ámbito del informe solicitado. Que el análisis no se ciña estrictamente a los aspectos indispensables para la investigación, podrá suponer un menoscabo injustificado de la privacidad. Pero eso no anula ni la intervención para toma de muestras, ni la utilización de los demás puntos del informe. Por la misma razón que si se accede a que un testigo conteste preguntas innecesarias para los fines del proceso penal, que pueden suponer, por tanto, revelar sin causa suficiente aspectos de la intimidad del afectado, esa incorrección que afecta a un derecho fundamental no supone que haya que invalidar el conjunto del testimonio"²³

Por tanto, averiguar en un proceso penal a través de una prueba de ADN si una persona consume droga o padece de una determinada enfermedad, afecta a la intimidad o al honor exactamente lo mismo que si se averigua ese extremo a través de otro tipo de pruebas, como puede ser una testifical. La afectación de la intimidad nos lleva a discutir que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio

²³ Del Moral García, Antonio, **Intervenciones corporales: Reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, 2003, Pág. 27

de averiguación del delito, sin necesidad de previa autorización judicial, ni de resolución motivada, ni de ningún otro requisito especial.

Dentro de este aspecto de la intimidad, es propio también que pueda dejar incluido lo relativo al derecho de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, indicando que ha sido constante la jurisprudencia en señalar que este derecho fundamental contenido en el Artículo 16 constitucional manifiesta que: “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley”; no se ve afectado en modo alguno por el hecho de que se solicite o compela al sospechoso a entregar una muestra corporal para el análisis de ADN para los fines del procedimiento.

Cabe concluir que cuando se requiere al sospechoso a que consienta la obtención de sus huellas dactilares o de un análisis de ADN, no se le está exigiendo una declaración autoincriminatoria, sino tan sólo la verificación de una pericia técnica.

Goyena Huerta, declara que: “con cita de la sentencia del caso Holt versus US, indica que éste ha sido el criterio del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al decir que la prohibición de compeler a una persona a ser testigo contra sí misma es una prohibición del uso de una compulsión física o moral para extraer comunicaciones de ella, no una exclusión de su cuerpo cuando puede ser material”²⁴.

²⁴ Goyena Huerta, Jaime, **La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: consecuencias procesales**, Actualidad Aranzadi, 1998, Pág. 26

En cuanto al derecho a la dignidad de la persona y a la integridad física, deseo agregar que cualquier legislación tendente a regular las pruebas del ADN habrá de establecer las garantías para que la toma de las muestras sea llevada a cabo por personal especializado y en unas condiciones que permitan afirmar que los derechos a la dignidad y a la integridad física no serán vulnerados debido a la intervención mínima que supone la toma de muestras necesaria para la realización de un análisis de ADN.

Así por ejemplo una adecuada legislación al respecto, debe incluir aspectos tales como que para intervenciones corporales que conllevan una mayor injerencia en la esfera personal, debe considerarse respeto a estos derechos. De este modo, no sea considerado atentatorio a la dignidad humana, como expuse al principio, el examen ginecológico de una mujer al efecto de determinar si había practicado un aborto; ni los registros personales de los reclusos en sus cavidades naturales.

Por supuesto sí se considerarían claramente atentatorios a la dignidad humana o contrarios al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes por cuanto la medida en sí o la forma de llevarla a cabo puede comportar unos aspectos evidenciadores incompatibles con tal derecho, los supuestos de narcoanálisis. A este respecto indica Moreno Verdejo: “Cabe señalar las sentencias del Tribunal Supremo de uno de junio de dos mil uno – un testigo comprador de droga es obligado a vomitar para expulsar la dosis, en actuación que es tachada de ilícita por el Tribunal Supremo –; las de uno de mayo de mil novecientos noventa y seis, veintiséis de junio de mil novecientos noventa y ocho o diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve – desnudo y

realización de flexiones para expulsar la droga escondida en el recto – o la del Tribunal Constitucional doscientos dieciocho diagonal dos mil dos, de veinticinco de noviembre – desnudo integral para cacheo de un interno, que se declara no ajustado a derecho por falta de motivos graves para llevarlo a cabo: aunque en este caso la perspectiva de la resolución es el derecho a la intimidad corporal –. Para que podamos considerar que estamos ante un trato degradante, tienen que concurrir, conforme establece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, medidas de naturaleza tal que creen en los individuos sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad, y que los humillen, envilezcan y rompan su resistencia física y moral”²⁵.

En este sentido, hay que compartir el criterio de que la afectación de dichos derechos al extraer la muestra para ADN, extracción que los avances técnicos han reducido a un sencillo acto, es inexistente o mínima.

Ahora bien conforme a su ubicación en el Artículo 93 de la Constitución Política de la República, el derecho a la salud es un derecho fundamental y este encuentra su acomodo en el necesario juicio de proporcionalidad, que puede resolverse con un criterio general: nunca una investigación penal puede justificar una medida que afecte negativamente por sí misma a la salud de una persona.

Por lo que de acuerdo a Moreno Verdejo, “es evidente que con la mínima intervención que supone la toma de muestra no se vulnera este derecho”²⁶. Hay que tener en

²⁵ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.** Pág. 19

²⁶ **Ibidem**

cuenta, además, que los casos en que se alega la vulneración son ordinariamente supuestos de toma de sangre. Y en todo caso, con independencia de las consideraciones sobre la imposibilidad de que se quebrante el derecho a la salud con dicha toma, se podría sustituir ésta – fundamentalmente ante supuestos de negativa por libertad religiosa: testigos de Jehová – teniendo en cuenta las modernas tecnologías, por la extracción de pelo o la obtención de saliva.

Así pues también el derecho a la libertad se verá vulnerado, respecto de aquellas personas que se opongan a que se tomen muestras para la realización de los análisis, tanto si se conceptúa de un modo genérico, como la compulsión a hacer algo que simplemente no deseamos realizar, como si se conceptúa en su vertiente de libertad de ambulatoria protegida en la Constitución Política, que quedará cuando menos limitada mientras la prueba se realiza o en la conducción de las personas a las dependencias adecuadas a tal fin.

A través de la decisión 8278/78, del precedente octubre de 1979, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró a este respecto, que la “ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración”.

Sin embargo el Artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece una serie de supuestos en los que se admite la limitación del derecho a la libertad, así: la privación de libertad en virtud de sentencia dictada por tribunal competente, por desobediencia a una orden judicial, para asegurar el cumplimiento de una obligación

legalmente establecida, para conducirla ante la autoridad judicial competente cuando existan indicios racionales de criminalidad de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle la huida de la acción de la justicia.

Analizados pues los derechos fundamentales limitados por la práctica de la prueba, debe concluirse en que sólo el consentimiento del interesado o, en su defecto, la resolución judicial permitirá acordar la prueba limitando así, sin vulnerarlos, tales derechos fundamentales.

Pese a que la Constitución no prevé expresamente la posibilidad de limitación de los derechos a la integridad e intimidad, a diferencia de lo que sucede con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, ello no significa que sean derechos absolutos.

Si el interesado accede voluntariamente o si, en su defecto, la autoridad judicial lo acuerda, es posible la limitación de tales derechos en aras de la práctica de un análisis de ADN sobre una muestra corporal.

El círculo de personas que pueden voluntariamente someterse a la prueba de ADN es mayor que el de los obligados a ello. Así pues la resolución judicial será, motivada.

La validez de la prestación del consentimiento del interesado a la práctica de la prueba no está exenta de problemas. ¿Ha de recabarse necesariamente por el juez?, ¿es necesaria la asistencia letrada para otorgarlo?, ¿puede considerarse libre el

consentimiento en determinados ambientes o ante ciertas circunstancias objetivamente intimidativas –requerimiento policial –?

Las respuestas no son seguras y se hace necesaria en el caso de Guatemala una reforma legal penal que regule lo relativo a dicho extremo. La cual debe incluir aspectos tales como que cuando se realiza de forma voluntaria no lesiona ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad. Ahora bien, al recabar el consentimiento debe cuidarse que éste sea expreso, libre y no viciado.

Como dejé ya anotado supra – en el apartado dedicado a la prueba sobre grupos de personas – debe recordarse que en aquellos casos en que la prueba se practique sobre una persona con posibilidad de revelar la autoría de un familiar, la prestación del consentimiento deberá ser emitida con conocimiento de esta última posibilidad.

Ese consentimiento del interesado se viene recabando por la autoridad judicial en el curso del procedimiento. La citación al interesado para prestarlo podrá efectuarse mediante providencia y sólo se exigirá auto, ante la negativa, para acordar la medida.

Una vez acordada en resolución judicial la práctica de la prueba de ADN surge la cuestión de cómo tomar la muestra biológica para dicha prueba si el sujeto sometido a la misma – el sospechoso de un delito o el demandado en una reclamación de paternidad, por citar algunos ejemplos – se niega en rotundo a facilitarla.

Inmediatamente surge un interrogante: ¿Es posible el empleo de fuerza física sobre el sujeto para la obtención de la muestra?

Para contestar esta pregunta, me apoyaré en lo expresado por Moreno Verdejo, quien indica que: "...nuestro ordenamiento jurídico ha sido unánimemente negativo antes de la reforma"²⁷. La falta de una previsión legal expresa había motivado que la doctrina y la jurisprudencia fueran coincidentes en este punto. No era posible, pues, tomar una muestra del sujeto mediante el empleo de fuerza. En su sentencia ciento siete diagonal mil novecientos ochenta y cinco, el Tribunal Constitucional llegó a afirmar en relación a un análisis de sangre que nadie puede ser coercitivamente compelido, con uso de fuerza física, a la verificación de ese tipo de análisis. El Tribunal Supremo en la sentencia ciento siete diagonal dos mil tres, de cuatro de febrero, dispone: según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional que no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado.

Como ejemplo en el plano civil las consecuencias que puedan derivarse de la negativa del presunto padre demandado a la práctica de la prueba biológica, será la aceptación tácita del hecho.

Sin embargo existe otra posibilidad procesal que podría darse y me refiero a la toma subrepticia de muestras: el sospechoso engañado u obtenidas de forma viciada. Los

²⁷ Moreno Verdejo, **Ob. Cit.** Pág. 20

casos pueden ser muy variados: el acusado ignora con su conducta que está facilitando una posible muestra; utilización de muestras corporales extraídas del cuerpo del sospechoso voluntariamente para otros fines que a posteriori se deciden utilizar para estos análisis, tales como: sangre del sospechoso donante que es tomada por el juzgado tras la donación para realizar el análisis, empleo de pruebas realizadas en un proceso en otro distinto, etc.

Debe efectuarse una distinción según que se trate de muestras obtenidas indirectamente por hallarse en vestigios que se recogen o muestras extraídas directamente del cuerpo del acusado mediante una intervención corporal.

Si se trata de células del acusado que son recogidas de vestigios que éste deja, aún involuntariamente, a mi modo de ver lo relevante será no tanto la recogida sino la posterior autorización judicial para su análisis. La recogida en sí sería intrascendente. En el caso ya señalado de la Policía que toma del cenicero la colilla fumada por el sospechoso creo que la posterior orden judicial que acuerde su análisis impediría considerar nula la prueba.

Menos duda ofrece aun el supuesto en que, una vez acordada por la autoridad judicial la práctica de la prueba y notificado el sujeto de tal resolución, ante la eventual negativa a someterse a la misma, la muestra pueda ser obtenida por el juzgador, en ejecución de la resolución judicial desobedecida por el imputado, acudiendo a la obtención de células de aquél sin su consentimiento pero sin el uso de la fuerza – la sangre entregada para un análisis clínico o la muestra entregada para otro procedimiento –.

En Guatemala, el Juzgado Primero de Narcoactividad y Delitos contra la Vida de Zacapa, a petición de la Fiscalía Especial de la Comisión Internacional contra la Impunidad CICIG, solicitó ante la oficina de Gestión Penal del Organismo Judicial en ese lugar, que se realicen pruebas de ADN a Byron Humberto Vargas Sosa. Según esta fiscalía el sindicado es el responsable del asesinato y violación de Silvia María Morales Rodas de dieciséis años, Nancy Carolina Hichos y María Alejandra Trigueros de diecisiete años.

Dicho hecho ocurrió el veinte de abril de dos mil ocho, cuando las víctimas asistieron a una discoteca en el departamento vecino de Chiquimula. Según la investigación, las jóvenes se retiraron con Vargas Sosa y ya no fueron vistas con vida. Esto fue declarado por el taxista Adolfo Barahona, quien después se retractó de lo dicho.

Vargas Sosa, también es investigado por ser líder de una banda de narcotraficantes. Fue capturado el dieciséis de febrero en el área de Río Dulce, Izabal. El veintiocho de abril, el Juzgado Primero de Instancia Penal le eliminó cuatro de los seis delitos que se le imputaban. Está ligado a proceso por atentado y portación ilegal de armas de fuego. En el presente caso el abogado Francisco García, defensor de Vargas Sosa, aseguró que su cliente no se negará a que se le extraigan las muestras.

Importantísimo resulta la práctica del examen de ADN dentro del ámbito civil, en los procesos de paternidad, pues los mismos llevan implícita una tendencia al reclamo de pensiones alimenticias, que en caso de dar positiva podrían beneficiar a varios miembros de una misma familia hijos de una misma madre y del varón examinado. Y

menciono que es importantísimo para el desarrollo del presente tema, pues una vez reconocida la paternidad y de reclamados los alimentos, si no son prestados por el obligado, constituirá dicho incumplimiento un hecho penal por negación de asistencia económica. En Guatemala, dichos procesos de reconocimiento de paternidad aun no son muy frecuentes por lo oneroso que resulta para la madre soltera costear por sí misma dicho examen, sin embargo tenemos a nivel mundial un caso muy ejemplificador al respecto, en donde el demandado reiteradamente resulta ser, nada más y nada menos que el Presidente de Paraguay Fernando Lugo el cual cito a continuación:

“Benigna Leguizamón, una humilde vendedora de detergentes de veintisiete años de edad, asegura que tuvo un hijo con Fernando Lugo cuando este todavía era obispo, reclama que el mandatario reconozca al niño de seis años, le dé su apellido y ayude a su manutención.

La mujer demandó al presidente días después de que éste reconociera la paternidad de otro niño de dos años, fruto de una relación con una joven de veintiséis años de edad, cuando todavía era jerarca de la Iglesia Católica, una revelación que provocó un escándalo en el país y dañó su popularidad.

Benigna Leguizamón solicitó a cuatro bancos la apertura de cuentas solidarias para recaudar los cuatro millones de guaraníes – unos setecientos noventa y cinco dólares – que necesita para la prueba de ADN, en una campaña que denominó: Por los derechos de Fernando, en referencia al menor.

Estamos buscando la forma de que alguien que no esté involucrado en cuestiones políticas pueda darnos una ayuda, dijo a periodistas el abogado demandante Leong Je Park, tras recordar las condiciones económicas de Leguizamón, quien es extremadamente pobre y mantiene a sus cuatro hijos.

Lugo, quien sólo reconoció que mantuvo una relación con Viviana Carrillo – la madre del niño de dos años –, aseguró que acataría cualquier resolución judicial, pidió que el examen de ADN se realice en un laboratorio nacional y que la muestra de sangre le sea extraída en la residencia presidencial.

El abogado de Lugo, Marcos Fariña, dijo que el presidente no correrá con los gastos del análisis que debe ser solventado por quien plantea la demanda y solicita la prueba. Mi cliente no tiene por qué pagar. El no está obligado a solventar esa prueba, aseveró.

Lugo continuó siendo blanco de críticas con la denuncia de otra mujer de treinta y nueve años que aseguró haber tenido una relación con el ex obispo poco después de que éste colgara la sotana para dedicarse a la política, fruto de la cual nació un niño de poco más de un año.

El escándalo protagonizado por el presidente, un socialista novato en la política que acabó con décadas de gobierno conservador, motivó la condena de muchos

paraguayos aunque varios analistas aseguran que su gestión será medida por sus acciones de Gobierno más que por su vida privada”²⁸.

²⁸ Reuters, **Recaudan dinero para una prueba de ADN al presidente de Paraguay**, Pág. electrónica

CONCLUSIONES

1. La prueba de ADN es el más preciso método disponible para determinar la vinculación del sindicado con las pruebas de fluidos y restos humanos, encontrados en la escena del crimen.
2. Para que una prueba de ADN pueda ser admitida dentro de un proceso jurisdiccional, se requiere que la prueba realizada siga la cadena de custodia.
3. El material genético de naturaleza individual, que desde la perspectiva biológica constituye un eficiente elemento identificador de las personas, partes u órganos de un cuerpo y aun de ciertos restos humanos, puede transformarse en una herramienta útil y segura en la investigación de determinados delitos.
4. En Guatemala, no existe aún el cuerpo normativo que regule lo relativo a los procedimientos adecuados para la toma de muestras y práctica del examen de ADN, en relación a las actitudes de los sindicados frente a esta prueba.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe regular el procedimiento, manejo y uso de la prueba de ADN en una ley específica para que pueda ser utilizado en los procesos judiciales con el objeto de que sirva al Ministerio Público como un instrumento de prueba científica contra el crimen.
2. Al ser creada la ley citada, también debe regularse la responsabilidad del personal relacionado con el procedimiento de la prueba de ADN, esto debe incluir a la Policía Nacional Civil para que hagan un manejo adecuado de la prueba y no sea contaminada.
3. También es necesario que se regule por el Congreso la creación de un laboratorio forense específico para el examen de las pruebas de ADN que tengan relación con los procesos penales para la averiguación de la verdad.
4. El laboratorio forense debe crear el banco de datos genético de personas para llevar un registro criminal.

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto Martín. **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática.** Guatemala, Impresores Unidos, s/ed, 2004.

BOVINO, Alberto. **Manual del buen abolicionista.** Argentina www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/revista,

CALDERON MORALES, Hugo. **Derecho administrativo II.** Guatemala, Editorial Estudiantil, FENIX, Quinta Edición 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal II.** Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, 1971.

CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala.** Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas de Guatemala, Cuarta Edición, 2002.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala, Editorial Crockmen, Décima tercera Edición, 2002.

DELMAS, Marty, MARC, Ancel, y otros. **Política criminal, manual de derecho procesal penal,** Tomo I. ICCPG. Guatemala, 2003. p. 38.

FERNÁNDEZ SOSSAREGO, Carlos. **¿Existe un daño al Proyecto de Vida?** s/n Ed. Argentina, www.revistapersona.com.ar/11sessarego.htm.

GALGUERA GONZÁLEZ, María Elena. **Daño moral cuantificación en materia civil.** México, www.tepantleto.com.mx/biblioteca/libro4/14p1t9c5html.

Glosario. **Medicina molecular,** www.glosario.net

HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa.** Ariel, Barcelona, 1984.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Losada S/ed 1,950.

LÓPEZ, Rey y ARROJO, Manuel. **Teoría y práctica de las disciplinas penales**. Instituto Latinoamericano para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, México, 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Eliasta. S/ed.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Mecanismos de salida al procedimiento común**. Guatemala, Impresores Unidos, 2004.

TENEMBAUN, José. **Estructura del ADN**, <http://www.youtube.com/watch?v=-EGKrYdQEHQ>

VÁZQUEZ SMERILLI, Gabriela J. La reparación del daño producido por un delito, hacia una justicia reparadora. Guatemala: Editores Siglo Veintiuno.2001.

VEHILS RUÍZ, Juan Xavier. Moral. Argentina, Revista jurídico electrónica www.ambito-jurídico.com.br/aj/dcivil0005.htm.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política Criminal, Ed., Colex, Salamanca, 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República.

Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Número 40-94 del Congreso de la República

Ley de la Policía Nacional Civil, Decreto Número 11-97 del Congreso de la República

Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto Número 21-2006, del Congreso de la República.