

Nuevas técnicas de control social: Análisis jurídico de las bases de datos de ADN

Miguel Ernesto Valerio Jiminián

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez
Prof. Dr. Ramon Ragués i Vallès

Tesis Doctoral UPF 2015
Departamento de Derecho



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

A Yipsy y María Fernanda, con todo mi amor.

RESUMEN

La posibilidad estatal de almacenar información genética plantea importantes retos para las ciencias penales, pues las Bases de Datos de ADN agudizan la tensión entre los principios de libertad, seguridad e igualdad. Esta tensión es especialmente fuerte cuando los Estados tratan de conservar identificadores genéticos de las personas que han sido detenidas policialmente sin formularles cargos judiciales o de las que han sido absueltas de toda responsabilidad penal. Esta cuestión ha sido analizada, entre otros, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Estados Unidos, alcanzando en ambos casos conclusiones distintas. En esta tesis se hace un análisis jurídico de la conservación estatal de perfiles genéticos con fines forenses y se pretende definir un modelo de registro equitativo que garantice los derechos fundamentales.

ABSTRACT

The State ability to store genetic information raises important challenges for criminal sciences, as DNA Databases exacerbate the tension among the principles of freedom, safety and equality. This tension is particularly strong when the States seek to preserve genetic identifiers of individuals that have been arrested by the police without any formal accusation or of those who have been acquitted of all penal responsibilities. This issue has been analyzed, inter alia, by the European Court of Human Rights and the Supreme Court of the United States, reaching, in both cases, different conclusions. In this Thesis, we have made a juridical analysis of the state conservation of genetic profiles for forensic purposes and it is pretended to define an equitable registration model that guarantees the fundamental rights of individuals.

Índice

Abreviaturas -----	xi
Introducción -----	1
Capítulo I -----	5
ADN, Bases de datos, precisiones conceptuales y tendencias jurídico-penales ----	5
Capítulo I -----	7
ADN, Bases de datos, precisiones conceptuales y tendencias jurídico-penales ----	7
1. Nociones básicas del ADN -----	7
1.1. Concepto, características y clasificación del ADN-----	9
1.2. Información sensible que suministra el ADN-----	12
2. Base de datos de ADN -----	13
2.1. Bases de datos de perfiles genéticos en el ámbito forense penal-----	18
2.2. Introducción al almacenamiento de información genética como medida de control--	20
2.3. Fuente de los perfiles genéticos-----	26
2.4. Información que contienen los sistemas informáticos de almacenamiento de perfiles genéticos-----	27
2.5. Posibles resultados del proceso de cruce de datos-----	28
2.6. Utilidad y clasificación de los índices de las bases de datos de perfiles genéticos-----	28
2.7. Archivos de muestras biológicas forenses y la exculpación de delincuentes con posterioridad a condenas judiciales-----	30
2.8. Argumentos contrarios al proceso de almacenamiento de información genética-----	35
2.8.1. Argumentos socioeconómicos-----	35
3. Tendencias actuales e internacionalización de la utilización de perfiles genéticos en el sistema jurídico penal. Base de datos universal -----	38
3.1. Inicios de la expansión-----	39
3.2. La aplicación retroactiva de estas legislaciones a personas que estuvieran cumpliendo condenas-----	40

3.3. La ampliación a personas detenidas por la policía -----	41
3.4. Etapa final del proceso expansivo-----	43
3.5. Internacionalización e integración de las bases de datos con fines de persecución criminal-----	44
3.5.1. El proceso de integración europeo-----	45
3.5.1.1. Directrices por instituciones de la unión europea -----	46
3.5.1.2. Intercambio de datos genéticos en el ámbito europeo continental. Problemas del proceso -----	49
3.5.2. El proceso de integración en Estados Unidos. El CODIS -----	52
3.5.3. Sistema supranacional de base de datos de perfiles de ADN: el rol de la INTERPOL -----	55
4. Conclusiones -----	60
Capítulo II -----	63
El ADN y el proceso penal. La recolección y análisis jurídico del material genético -----	63
Capítulo II -----	65
El ADN y el proceso penal -----	65
La recolección y análisis jurídico del material genético-----	65
1. Los análisis de ADN en un Estado de Derecho: límites en su uso -----	67
2. ADN. La verdad del proceso penal como límite -----	70
3. Naturaleza jurídica de los análisis del ADN, la cadena de custodia y la autonomía de la prueba genética-----	73
3.1. Naturaleza jurídica procesal del análisis del ADN cuando la muestra biológica para la extracción del perfil genético es tomada del cuerpo de un ser humano. Procedimientos híbridos -----	74
3.1.1. Diligencias de investigación corporales y el ADN -----	75
3.1.2. La pericia en la extracción del perfil genético-----	80
3.2. Naturaleza jurídica de los análisis del ADN sobre vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen -----	81
4. Cadena de Custodia y necesidad de preservar las evidencias biológicas -----	82
5. Autonomía de los resultados de la prueba de ADN en el proceso penal -----	88

6. Requisitos jurídicos procesales para la recolección del material genético y para extracción del perfil	91
6.1. Requisitos formales de la prueba del ADN	91
6.2. Requisitos materiales de la prueba del ADN	103
6.2.1. Principio de Proporcionalidad. Utilidad procesal	103
6.2.2. Principio de razonabilidad	112
7. Análisis de la legalidad y legitimidad de la toma masiva de ADN. DNA dragnets ---	118
8. Utilización y valor probatorio de la prueba del ADN en el proceso penal -----	123
8.1. Debates sobre la utilización de la prueba genética en un proceso judicial	126
8.1.1. Aspectos técnicos, admisibilidad de la prueba del ADN	126
8.1.2. Aspectos relacionados con los derechos fundamentales y la prueba del ADN	130
9. Conclusiones	135
Capítulo III	139
Naturaleza jurídica del almacenamiento estatal de información genética,	
¿Consecuencias accesorias o gestión del delito?	139
Capítulo III	141
Naturaleza jurídica del almacenamiento estatal de información genética,	
¿Consecuencias accesorias o gestión del delito?	141
1. Naturaleza jurídica de la inscripción de perfiles genéticos en bases de datos con fines policiales. “Las consecuencias accesorias”	142
Gráfica 1	146
Registro de perfiles genéticos (CODIS).	146
Valores en miles (2001-2007)	146
2. Los registros de delincuentes sexuales y el ADN	148
3. Diferencias y similitudes del registro de información genética con las penas y las medidas de seguridad -----	153
4. La administrativización del derecho penal y las bases de datos de ADN	168
5. Objetivo del almacenamiento de información genética: la disuasión y evitar la reincidencia	181
Gráfica 2	181

Principal indicador del CODIS: "Investigaciones Asistidas" -----	181
Valores en miles (septiembre de 2015)-----	181
6. Conclusiones -----	189
Capítulo IV -----	193
Modelos del almacenamiento de información genética, control social e igualdad.	
Toma de postura -----	193
Capítulo IV -----	195
Modelos del almacenamiento de información genética, control social e igualdad.	
Toma de postura -----	195
1. Clasificación del proceso de almacenamiento de perfiles genéticos en sistemas informáticos -----	196
2. Modelo restrictivo. Definición y fundamento jurídico -----	199
2.1. Modelo de almacenamiento restrictivo propio -----	200
2.2. Modelo restrictivo impropio -----	204
3. Modelos voluntarios -----	209
4. Modelos expansivos. Naturaleza jurídica, división y objetivos-----	223
4.1. Modelos de almacenamiento de perfiles genéticos de personas detenidas sin que les sean imputados delitos. "Sospechosos no imputados" -----	227
4.1.1. Dos visiones diferentes: Maryland vs. King en Estados Unidos y S. y Marper <i>contra</i> Reino Unido en Europa-----	236
4.1.1.1. Maryland vs. King -----	237
4.1.1.2. S. y Marper vs. Reino Unido -----	243
4.2. Modelo universal -----	248
4.2.1. Argumentos contrarios -----	249
4.2.1.1. ADN, el rol del Estado y el discurso de la seguridad -----	250
4.2.1.2. Costos económicos-----	257
4.2.1.3. Posibles violaciones a los derechos fundamentales -----	260
4.2.1.4. Poca utilidad debida a que en cada escena del delito pueden ser tomadas muestras biológicas para la realización de exámenes genéticos, por lo que no es necesario su almacenamiento -----	271
4.2.2. Argumentos a favor -----	274

4.2.2.1. Eficacia -----	274
Gráfica 3 -----	275
Tabla I -----	278
Vestigios biológicos recolectados en el Reino Unido -----	278
4.2.2.2. No discriminación en la conformación de la base de datos -----	278
Gráfica 4 -----	280
Población carcelaria total estatal y federal en Estados Unidos (2004-2014) -----	280
5. Duración de la información genética en el sistema informático -----	282
5.1. Duración determinada de la información genética en una base de datos en el modelo restrictivo propio -----	283
5.2. Duración de la información genética en una base de datos en el modelo restrictivo impropio -----	285
5.3. Duración indeterminada de la información genética en una base de datos en el modelo expansivo -----	287
6. Toma de postura en cuanto al modelo de almacenamiento de información genética -----	287
6.1. Utilización para finalidades diversas -----	289
6.2. Salvaguardas para evitar el mal uso de la información genética -----	291
6.2.1. Garantías técnicas en el uso de las bases de datos -----	292
6.2.2. Garantías jurídicas -----	296
6.3. Control social e igualdad -----	307
7. Conclusiones -----	315
Conclusiones generales -----	321
Bibliografía -----	329
Jurisprudencia citada -----	359

Abreviaturas

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
ARN	Ácido Ribonucleico
Bundeskriminalamt	Oficina Federal de Investigación Criminal
CODIS	Combined DNA Index System
FBI	Federal Bureau of Investigation
FNAEG	Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques
INTERPOL	Organización Internacional de la Policía Criminal
LDIS	Sistema Local de Índices de ADN
LO	Ley Orgánica
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Persona
NSA	National Security Agency
PACE	Police and Criminal Evidence Act
PCLOB	Privacy and Civil Liberties Oversight Board
PCR	Polymerase Chain Reaction
PED	Police Elimination Database
PRA	Police Regulation Act
RCCJ	Real Commission of Criminal Justice
RJ	Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi
RTC	Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi del Tribunal Constitucional

SIRENE	Supplementary Information Request at the National Entry
SIS	Sistema de Información Schengen
TSE	Tribunal Supremo Español
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
<i>Alb. L.J. Sci. & Tech.</i>	<i>Albany Law Journal of Science and Technology</i>
<i>Am. Crim. L. Rev.</i>	<i>American Criminal Law Review</i>
<i>Am. J. Crim. L.</i>	<i>American Journal of Criminal Law</i>
<i>Am. J. Comp. Law Supp.</i>	<i>American Journal of Comparative Law Supplement</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>B. C. Int'l & Comp. L. Rev.</i>	<i>Boston College International & Comparative Law Review</i>
<i>Brandeis L. J.</i>	<i>Brandeis Live Journal</i>
<i>Brit. J. Criminol.</i>	<i>British Journal of Criminology</i>
<i>Brook. L. Rev.</i>	<i>Brooklyn Law Review</i>
<i>B.U.L. REV.</i>	<i>Boston University Law Review</i>
<i>Cap. U. L. Rev.</i>	<i>The Capital University Law Review</i>
<i>C. L. J.</i>	<i>Cambridge Law Journal</i>
<i>Colum. L. Rev</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Comp. Lab. L. & Pol'y J.</i>	<i>Comparative Labor Law and Policy Journal</i>
<i>Contemp. Health L. & Pol'y</i>	<i>Journal of Contemporary Health Law and Policy</i>
<i>Cornell Int'l L.J.</i>	<i>Cornell International Law Journal</i>
<i>Crim. Just. & Soc.</i>	<i>Criminal Justice & Social Reconstruction</i>
<i>Fordham Urb. L. J.</i>	<i>Fordham Urban Law Journal</i>
<i>Geo. L. J.</i>	<i>Georgetown Law Journal</i>

<i>Geo. Mason U. Civ. Rts. L. J.</i>	<i>George Mason University Civil Rights Law Journal</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Idaho L. Rev.</i>	<i>Idaho Law Review</i>
<i>LECrim</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
<i>ISJLP</i>	<i>I/S Journal of Law and Policy for Information Society</i>
<i>Intercultural Hum. Rts. L. Rev.</i>	<i>Intercultural Human Rights Law Review</i>
<i>J. Const. L.</i>	<i>Journal of Constitutional Law</i>
<i>J Crim Law & Criminology</i>	<i>The Journal of Criminal Law & Criminology</i>
<i>J.L. Med. & Ethics</i>	<i>Journal of Law, Medicine & Ethics</i>
<i>J.L. & Soc. Deviance</i>	<i>Journal of Law & Social Deviance</i>
<i>La. L. Rev.</i>	<i>Louisiana Law Review</i>
<i>Law & Soc. Inquiry</i>	<i>Law & Social Inquiry</i>
<i>Minn. J. L. Sci. & Tech.</i>	<i>Minnesota Journal of Law, Science & Technology</i>
<i>N.U. L. Rev.</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
<i>N.Y. City L. Rev.</i>	<i>The New York City Law Review</i>
<i>Rev. Der. Gen. H.</i>	<i>Revista de Derecho y Genoma Humano</i>
<i>Seton Hall L.Rev.</i>	<i>Seton Hall Law Review</i>
<i>St. Thomas L. Rev</i>	<i>St. Thomas Law Review</i>
<i>StPO</i>	<i>Strafprozessordnung</i>
<i>Tex. L. Rev.</i>	<i>Texas Law Review</i>
<i>Ucla L. Rev. Discourse</i>	<i>UCLA Law Review Discourse</i>
<i>U. Colo. L. Rev.</i>	<i>The University of Colorado Law Review</i>
<i>U. C. Dublin L. Rev.</i>	<i>Law Review of University College Dublin</i>
<i>Wis. L. Rev.</i>	<i>Wisconsin Law Review</i>

Introducción

Genética e informática son términos propios de nuestra época. A comienzos del siglo XXI conceptos como ADN y bases de datos han empezado a impactar todas las ciencias. Esta situación se ha convertido en un reto para las ciencias jurídicas y, como no podía ser la excepción, para el ámbito penal. En esta rama jurídica ambos conceptos se han agrupado en el fenómeno de las bases de datos de ADN, transformando transversalmente las ciencias penales en su vertiente material, procesal, criminológica y política criminal.

En lo procesal, la evidencia genética ha cambiado el juicio penal y la tasación de las pruebas, otorgando un mayor valor a las científicas frente a las testimoniales. Esta situación se debe al éxito que han tenido estas evidencias en los procesos penales en donde se han identificado y descartado personas acusadas de la comisión de un delito. Más aún, la prueba del ADN ha permitido exonerar a personas que se encontraban cumpliendo condenas injustamente por errores judiciales.

En lo que respecta al derecho penal, las reformas al Código Penal y al sistema de protección de infancia y adolescencia en el 2015 trajeron consigo situaciones que transformarán en los próximos años el sistema de justicia criminal español. El Código Penal ubicó el almacenamiento de información genética como una consecuencia accesoria del delito. Por su parte, la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia ordenó la creación de un Registro Central de Delincuentes Sexuales –RCDS– en el cual deben reposar los datos que identifican a los transgresores sexuales, junto con las muestras de su perfil genético. Ambas legislaciones refuerzan las funciones policiales del Estado, consolidando la tendencia de administrativización del

derecho penal, en la cual el sistema tiene por finalidad controlar o gestionar grupos poblacionales considerados riesgosos.

Por su parte, la criminología ha servido para analizar el fenómeno de las bases de datos de ADN como técnicas de control social. Estos registros han sido el avance más importante de los últimos quince años, convirtiéndose en nuevas herramientas utilizadas por el Estado sobre personas consideradas “*peligrosas*”. Esto ha sido determinante en la criminología preventiva, y su utilización por los cuerpos de seguridad ha colaborado en la identificación de carreras criminales e incrementado la capacidad estatal de capturar delincuentes.

Estas situaciones han creado fricciones en el binomio seguridad-libertad. Dichas colisiones se han visto representadas en una relativización de las garantías individuales en lo atinente al almacenamiento y conservación estatal de información genética. En ese orden de ideas, las causas que motivan el registro del perfil genético en bases de datos policiales se han ido expandiendo: así, en el registro aparecen desde individuos que han cometido delitos graves hasta personas detenidas policialmente sin que les hayan sido formulados cargos judiciales (“sospechosos imputados”, como ha sido denominada en España esta situación en la Ley Orgánica 10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN).

Los casos de las personas no condenadas y sospechosas no imputadas han sido analizados por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *S y Marper contra Reino Unido*, y por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Maryland vs. King*. Estas cortes, entre otras, han arribado a conclusiones distintas haciendo más conflictiva la conservación estatal de material genético en bases de datos.

Las siguientes páginas están dedicadas al análisis jurídico de las bases de datos de ADN como un fenómeno de la política criminal. Se trata de un análisis que permite organizar la información, a la vez que estudiar las tensiones entre seguridad y libertad, en donde entra en juego lo exitoso de las pruebas genéticas en las investigaciones penales en contraposición a derechos fundamentales como la intimidad y la protección de datos personales.

En aras de analizar el fenómeno de la conservación estatal de información genética con fines forenses el estudio se divide en cuatro capítulos. El Capítulo I es una introducción a las bases de datos de ADN, sus conceptos básicos y el impacto que esta política ha tenido en la investigación penal. Así también, trata las tendencias que estos sistemas informáticos proyectan sobre los grupos poblacionales afectados y la internacionalización como fuente de legitimación del mismo.

En el Capítulo II se analizan los aspectos procesales de la prueba del ADN, desde la recogida de la muestra biológica para los análisis genéticos hasta su valoración como prueba pericial en el juicio oral. En ese orden de ideas, se estudian, entre otros, las distintas fases para su realización tomando en consideración la cadena de custodia y los principales errores que se pueden suscitar en su realización; la naturaleza jurídica *sui generis* de la prueba genética; el problema de la toma masiva de muestras de ADN a determinados grupos poblacionales (DNA *Dragnets*), y, finalmente, los derechos fundamentales relacionados con estos procedimientos, tales como la integridad física, la prohibición de autoincriminación y el respeto a la presunción de inocencia.

En el capítulo III se estudia la inscripción de los perfiles genéticos en bases de datos con fines policiales, analizando su naturaleza jurídica, sea de manera

principal en una base de datos de ADN, o como uno de los elementos a almacenar en el caso particular del RCDS.

Finalmente, en el Capítulo IV se definen distintos modelos de almacenamiento de información genética, dividiéndolos en restrictivos o expansivos, dependiendo de la causa que motiva el registro del perfil genético en las bases de datos. En ese sentido, la sistematización permite adentrarse en los rasgos característicos y finalidades de los distintos modelos, desde personas sospechosas no imputadas o condenadas por la comisión de delitos, hasta un modelo en el que se insertan todos los perfiles genéticos de un país o región determinada. El análisis de los distintos modelos finaliza con la toma de postura que debe tener un trabajo de estas magnitudes.

Capítulo I
**ADN, Bases de datos, precisiones conceptuales y tendencias jurídico-
penales**

Capítulo I

ADN, Bases de datos, precisiones conceptuales y tendencias jurídico-penales

1. Nociones básicas del ADN

Madrid, España: “Una víctima de violación señala en un reconocimiento en rueda de prensa a su supuesto agresor. Lo hace sin ningún género de duda. La Policía Científica compara su ADN con el de la mancha de semen encontrada en la camiseta de la mujer y constata [...] que no fue el violador. No sólo eso, sino que metiendo en un ordenador los datos del ADN extraído del esperma aparece el verdadero culpable, un detenido por un robo con violencia años atrás. Casos como estos son los que está ayudando a resolver la base de datos común de ADN de ámbito nacional, en funcionamiento desde noviembre de 2007, destinada a la investigación criminal. Dos años y medio después de su puesta en marcha hay 134.088 personas fichadas genéticamente en España, y la base crece con más de 8.000 nuevos perfiles cada trimestre”¹.

Tampa, Florida, EE.UU. “Alan Crotzer alzó sus brazos al cielo frente a los tribunales ayer lunes, celebrando su libertad después de haber permanecido preso más de 24 años por delitos que no cometió. Un juez liberó a Crotzer, de 45 años, después que exámenes de ADN y otras evidencias convencieron a los fiscales de que no participó en 1981 en un robo armado y en violaciones que derivaron en una condena de 130 años en prisión”².

¹ *El País*, 3 de mayo de 2010, Sección Sociedad, España. Disponible en [www.elpais.com/diario/2010/05/03], consultada el 1.º de septiembre de 2015.

² *Hoy*, 23 de enero de 2006, Sección Mundo, República Dominicana, p. 20.

Las informaciones reseñadas reflejan la importancia de la técnica de investigación del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) para el ámbito de las ciencias forenses penales. El interés radica en el poder de identificación y aislamiento con un alto porcentaje de probabilidad de aquellas personas consideradas culpables o inocentes en la comisión de delitos.

En el campo de las ciencias penales la prueba del ADN, y su posterior almacenamiento en bases de datos, genera muchos interrogantes jurídicos. El cuestionamiento principal está relacionado, en primer término, con las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales en su utilización para el esclarecimiento de delitos, y en segundo término, con los problemas que se pueden presentar en el manejo de los datos almacenados en sistemas informáticos.

Pese a los cuestionamientos relacionados con los derechos fundamentales, la prueba resulta ser equilibrada, pues ha servido para liberar a personas condenadas y sometidas injustamente al sistema de justicia penal³. Nos encontramos, por lo tanto, ante una prueba armonizada, puesto que permite condenar a los responsables de la comisión de delitos y a la vez liberar a las personas inocentes.

La información genética permite identificar e individualizar a las personas, lo cual motiva a los Estados a incentivar el uso de la prueba del ADN en los procesos de investigación penal, y a almacenar sus resultados en sistemas informáticos para el esclarecimiento de futuros delitos cometidos por las mismas (reincidencia), por lo que, desde nuestra óptica, y tal como analizaremos en el presente estudio, posee finalidades preventivas especiales que van más allá de constituir una simple prueba

³ El Proyecto Inocente es una organización no gubernamental que labora en Estados Unidos, ha utilizado la prueba del ADN en 333 casos de personas condenadas injustamente logrando su exoneración; cfr. [<http://www.innocenceproject.org/>]. Última visita 30 de noviembre de 2015.

en un proceso penal, debido a que los Estados, una vez finalizada la etapa procesal, conservan los códigos genéticos en sistemas informáticos con otras finalidades.

El presente capítulo tiene por objeto precisar algunos presupuestos conceptuales sobre la técnica de investigación del ADN y su utilidad en el ámbito forense penal, así como sobre su almacenamiento en los diferentes sistemas informáticos a escala Estatal y en el ámbito internacional.

1.1. Concepto, características y clasificación del ADN⁴

El ADN es la molécula que transmite la información genética hereditaria entre los seres humanos; es el componente químico primario de los cromosomas y el material del cual están compuestos los genes. Este ácido se encuentra en cada una de las células que conforman los tejidos y órganos de un ser vivo. El ADN se halla en el núcleo de la célula y en las mitocondrias; al primero se le denomina nuclear y al segundo mitocondrial⁵.

⁴ El presente estudio no tratará sobre las distintas técnicas que se utilizan para la obtención del ADN, ni de las vertientes científicas o tecnológicas, sino sobre la inserción del perfil genético en una base de datos con fines de prevención e investigación de los delitos. Por ello, en esta primera sección nos limitaremos a precisar algunos conceptos básicos, necesarios para la posterior comprensión del texto. Una información amplia sobre las distintas técnicas utilizadas para la extracción de ADN y su uso en el ámbito forense penal puede hallarse en Korkos, K. “DNA Fingerprinting: The Definitive Evidence in a Criminal Trial”, *Memphis St. U. L. Rev.* Vol. 22, 1991, pp. 319 y ss.

⁵ Alonso, A. “ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos”, *Revista de la Sociedad Española de Bioquímica y Biología Molecular*, diciembre de 2011. Disponible en [http://www.sebbm.es/ES/divulgacion-ciencia-para-todos_10/adn-forense--investigacion-criminal-y-busqueda-de-desaparecidos_604], consultada el 23 de mayo de 2015, ofrece una breve explicación sobre ambos ADN: “*El ADN mitocondrial (mtADN) es un pequeño genoma localizado dentro de las mitocondrias que es heredado por vía materna. Todos los miembros de un mismo grupo familiar que compartan esta línea tendrán el mismo mtADN. Dado que la variabilidad genética de su secuencia es menor que la del genoma nuclear, el perfil genético que se obtiene presenta un poder discriminación mucho más limitado.*”

En términos sencillos, el ADN está compuesto por nucleótidos y cada nucleótido está formado por un grupo fosfato, una desoxirribosa y una base nitrogenada. Las bases a su vez se dividen en: adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C). Estas bases, mediante combinaciones, transmiten instrucciones para la síntesis de las proteínas. Las combinaciones o instrucciones de las bases nitrogenadas es lo que se denomina código o perfil genético⁶.

El genoma humano es el conjunto del ADN perteneciente a una persona⁷ y en su interior están todos los genes que esta posee con las siguientes características: *universalidad, diversidad y estabilidad*⁸. La *universalidad* consiste en la uniformidad del perfil genético, es decir que, independientemente del órgano o tejido del cual es extraído (pelos, sangre, semen, saliva, etc.), el resultado que se obtiene es el mismo⁹. El perfil genético presenta variaciones en los distintos

⁶ Cfr. Alonso, A. “ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos”, cit.: “Un ‘perfil genético’ no es más que un patrón de fragmentos cortos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo. Dicho patrón es fácilmente convertible en un sencillo código numérico muy fácil de almacenar y comparar con un alto poder de discriminación”.

⁷ A finales de los años setenta del siglo pasado los proyectos para el estudio del genoma humano no estaban coordinados, y fue solo hasta 1986 cuando se anunció una iniciativa para crear un proyecto de estudio ordenado del genoma humano. El objetivo era realizar un catálogo de todos los genes, y su primer director fue el Doctor Watson. Cfr. Purroy, Jesús. *La era del genoma. Claves para orientarse en un mundo transformado por la genética*, Barcelona: Salvat Editores, 2001, pp. 58, 59 y 60.

⁸ Para una amplia explicación sobre las características del ADN cfr. Alonso, A. “Conceptos básicos del ADN Forense”. Disponible en [<http://myslide.es/documents/conceptos-basicos-de-adn-forense.html>], consultada el 15 de julio de 2015.

⁹ Sobre las características del ADN, Sentencia No. 158/2010 de 2 de febrero. RJ 2010\3241, M. P.: Adolfo Prego: “[...] el perfil genético es singular a cada individuo y siempre idéntico en cada célula del mismo. Cuando no coincide con el del acusado con el que aparece en el análisis biológico de los restos encontrados la ciencia afirma radicalmente y sin fisuras que debe excluirse que éstos restos le pertenezcan.”

individuos de la población (*diversidad*), es decir, cada uno tiene un único perfil identificador, con la excepción de los gemelos univitelinos. Esta característica otorga a su uso, como técnica de investigación, importantes capacidades de discriminación e identificación de las personas. Por su parte, la *estabilidad* del genoma humano en las muestras biológicas consiste en la gran firmeza que presenta el ADN en condiciones normales. Ello permite obtener información de cualquier vestigio biológico, sin importar el tiempo que haya pasado desde que es recogida la muestra.

El tamaño o la cantidad de la muestra biológica para la obtención del perfil genético no son relevantes. Actualmente se utiliza una técnica denominada “*Reacción de Cadena de la Polimerasa*” (*Polymerase Chain Reaction* –PCR– por sus siglas en inglés)¹⁰. La PCR permite reproducir y ampliar las muestras biológicas un infinito número de veces. Por ello puede ser utilizada, por ejemplo, a partir de una pequeña gota de saliva.

El ácido desoxirribonucleico tiene dos partes, una *codificante* y otra *no codificante*, sin importar que sea obtenido de las mitocondrias o del núcleo celular. La parte codificante o expresiva es aquella que contiene la información necesaria para la síntesis de proteínas y el ARN mensajero, es decir, codifica la información genética y supone, sobre un total de 30.000 genes, un 10% del total del ADN que contiene un individuo. De esta parte puede extraerse toda la información genética de una persona como, por ejemplo, la propensión a padecer una determinada

¹⁰ Técnica inventada por el científico norteamericano Kary Mullis en 1987, y que le mereció el Premio Nobel de Química en 1993. Cfr. Lorente, J. *Un detective llamado ADN: tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*, Madrid, Temas de Hoy, 2004, p. 66.

enfermedad. La parte *no codificante*¹¹ es aquella que no transmite información genética por no ordenar proteínas. “Supone un 90% del genoma humano. Por esta razón, solo proporciona el perfil genético”¹². En ese sentido las ciencias forenses la utilizan por no otorgar información genética del individuo del que se extrae la muestra biológica¹³.

1.2. Información sensible que suministra el ADN

El ADN contiene *información sensible e íntima del ser humano* sobre sus características personales y familiares, incluida la propensión a sufrir enfermedades genéticas, la filiación familiar y la información relacionada con la etnia¹⁴. Por esta razón, y por las características del genoma humano, la información genética debe ser manejada con un alto nivel de seguridad y con garantías para el ciudadano de que las muestras biológicas no serán utilizadas con fines distintos a los que originalmente motivaron su inserción en los sistemas informáticos.

¹¹ Cfr. Quevedo, A. *Genes en tela de juicio: pruebas de identificación por ADN. De los laboratorios a los tribunales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 26. “El 97% del genoma humano estaba integrado por regiones diferentes en composición, número de copias y distribución cromosómica. Sólo un 20% del genoma humano contiene genes. De ese 20%, menos del 10% ordena proteínas, el resto es basura, falsos genes, intrones, trozos de ADN no expresivo metidos entre los que ordenan proteínas y secuencias que no se traducen”. Por estas razones cierto sector científico denomina a esta parte ADN basura; véase en contra Lorente. *Un detective llamado ADN...*, cit., p. 31, quien considera que esta parte del ADN no puede nunca llamarse ADN basura, al menos desde el punto de vista de la ciencia forense.

¹² Cfr. Lorente. *Un detective llamado ADN...*, cit., p. 4.

¹³ Es importante resaltar que, como bien lo afirma Cejas Mazzota, G. *Identificación por ADN*, 2.^a ed., Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 209, pese a que no se conoce su función, ello no equivale a decir que no la tiene.

¹⁴ Para importantes anotaciones sobre la intimidad del genoma humano y la información que suministra el ADN cfr. Zarraluqui, Luís, “Estatuto jurídico del genoma humano”, en AA.VV. *Genes en el estrado. Límites jurídicos e implicaciones sociales del desarrollo de la genética humana*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1996, pp. 125-130.

La información extraída a partir de las pruebas genéticas bien puede ser utilizada en situaciones de índole laboral, o en el caso de los seguros, al mostrar las posibles enfermedades que las personas objeto de las mismas están propensas a padecer, pudiendo con ello incentivar prácticas discriminatorias en flagrante violación a los derechos fundamentales de sus titulares, situación que ha sido analizada desde el punto de vista del derecho a la protección de datos y la bioética, lo que algunos autores han denominado el “ciudadano transparente” o “de cristal”¹⁵.

Sin embargo, hoy nadie discute *el impacto que ha tenido la revolución biotecnológica y el proyecto genoma humano en el desarrollo de las ciencias, incluyendo las jurídicas*¹⁶. Los Estados han procedido a utilizar estos nuevos conocimientos en la investigación y prevención del delito, pese a la información que puede suministrar el ADN y las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales.

2. Base de datos de ADN

La revolución de las tecnologías de la información y los avances en los estudios genéticos han propiciado la utilización de estas técnicas en diferentes aplicaciones, principalmente de índole profesional, judicial, científica y sanitaria. *Las bases de datos han sido creadas para almacenar sistemáticamente un conjunto de*

¹⁵ Romeo Casabona considera que: “[...] el acceso a esta información dará a conocer aspectos muy importantes de la persona a que se refieren, pues si bien serán de gran utilidad para proteger su salud y la de su descendencia, afectarán al tiempo de forma muy directa a su esfera íntima. Por consiguiente, su difusión incontrolada constituiría un grave peligro; en primer lugar, por el riesgo de convertir al ser humano en ciudadano transparente [...]”, citado en Mayor Zaragoza, Federico y Bedate, Carlos Alonso (eds.). *Gen-ética*, Ariel, España, 2003, pp. 236 y 237.

¹⁶ Cfr. en Romeo Casabona (Coord.) en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, 4 vols., Madrid, 1994, un amplio estudio sobre el impacto del proyecto genoma humano en las ciencias jurídicas, así como de los aspectos bioéticos en España.

informaciones que pertenecen al mismo contexto con la finalidad de ser usadas posteriormente.

Estas bases de datos informáticas han permitido consultas rápidas y eficientes de forma organizada¹⁷. Una de las primeras bases de datos con fines de identificación fue la del Departamento de Defensa de Estados Unidos, creada con posterioridad a la operación militar “Tormenta del Desierto” en la Guerra del Golfo en Irak con la *finalidad de identificar los restos humanos de militares muertos en servicio*¹⁸.

El éxito de la técnica de identificación del ADN utilizada en los conflictos bélicos motivó a esta institución a establecer una política interna con carácter obligatorio¹⁹ *para la extracción de material genético a cada militar que ingresara al servicio, o que se encontrara activo*, con la finalidad de almacenarlo en el depósito ubicado en Gaithersburg, Maryland, Estados Unidos; en el año 2002 este gran depósito

¹⁷ Esta situación se inició durante la década de los años setenta del siglo XX, en primer lugar con datos mínimos como filiación, fecha y lugar de nacimiento, domicilio y estado civil, datos que eran recopilados con fines civiles, académicos, administrativos y fiscales, entre otros, ya no mediante medios manuales sino a través de medios automatizados provocando sistematización y disponibilidad inmediata, como afirma Téllez Valdés, Julio. *Derecho Informático*, McGraw-Hill, México, 1996, p. 69.

¹⁸ Cfr. Lorente, J. “Identificación genética criminal: importancia médico-legal de las bases de datos de ADN”, en Romeo Casabona (ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Bilbao-Granada, 2002, pp. 6 y ss., quien define estas bases como de profesionales de alto riesgo.

¹⁹ Esta política consistía en que el militar norteamericano que se negará a suministrar material genético sería perseguido judicialmente por violación al Código de Justicia Militar, y condenado a una de las siguientes penas: a. Cancelación del servicio de manera deshonrosa; b. Confinamiento de hasta dos años sin disfrute de sueldo, y c. Reducción de grado militar al mínimo.

contenía un fichero con el perfil genético de más de tres millones doscientos mil soldados²⁰.

En un principio la base de datos era utilizada para identificar restos humanos de soldados muertos en combate o detectar las enfermedades que padecían al momento de ingresar a las instituciones militares. Sin embargo, en el año 2002 el presidente George W. Bush promulgó una ley ampliando su uso con fines de persecución e investigación en aquellos casos en que el FBI o la policía (federal o estatal) estuvieran investigando ciertos delitos²¹. En realidad, con anterioridad a la promulgación de la ley las muestras biológicas almacenadas en ese depósito habían sido utilizadas como parte de las investigaciones criminales. En opinión de un portavoz del Pentágono la nueva legislación solo “codificaba una política largamente utilizada”²².

En ese sentido, desde 1996 existía en el Pentágono una directriz interna que autorizaba, en casos extraordinarios y si no había otra alternativa para la obtención de muestras biológicas que contuvieran ADN, el uso de estas pruebas con otras

²⁰ Información estadística obtenida de Tranette, L. “Law Expands Access. to Military DNA”, *Army Times*, 16 de diciembre de 2002. Disponible en [<http://www.armytimes.com>], consultada el 6 de marzo de 2015.

²¹ La ley fue introducida por el congresista republicano John Cullberson, del Estado de Texas, a raíz del caso Reyes. En este caso un soldado norteamericano de apellido Reyes violó sexualmente una militar de nombre Amy Brown. Como consecuencia de este acontecimiento se solicitó a los encargados del repositorio muestras de ADN de los 300 soldados que componían el batallón. La institución se negó a esta petición, argumentado que los soldados tenían ciertas expectativas de privacidad sobre las muestras biológicas. Posteriormente, el soldado Reyes asesinó a tres personas, lo que conmovió a la opinión pública y motivó que la madre de Brown se acercase al congresista que propuso la ley, aprobándose con un amplio consenso en el año 2002. Cfr. Ham, P. “An Army of suspects: the history and constitutionality of the U.S. military's DNA repository and its access for law enforcement purposes”, *Army Lawyer*, July/August, 2003, pp. 3 y ss.

²² Ham, P. “An Army of suspect’s...”, cit., p. 2.

finalidades, *principalmente, cuando otras legislaciones lo autorizaban como, por ejemplo, la relativa a investigaciones criminales, siempre y cuando se dieran las siguientes condiciones*²³: a. Que el oficial responsable del depósito hubiera recibido una solicitud judicial para otorgar el perfil genético; b. Que la muestra fuera necesaria para la investigación o persecución de un crimen castigado con un año o más de pena de prisión; c. Que no existiera otra alternativa razonable de obtener una muestra del perfil genético solicitado, y d. Que hubiera sido otorgada una autorización del Secretario Asistente del Ministro de Defensa para los asuntos de Salud, después de la consulta que debía realizar con el Consejo General del Depósito.

La legislación promulgada por el Presidente Bush unificó el estatuto del depósito militar de muestras biológicas con lo establecido por otras legislaciones estatales sobre toma de muestras biológicas a soldados que fueran condenados por ciertas infracciones por una Corte Marcial. Sin embargo, la nueva legislación estableció dos diferencias importantes con respecto a la directriz anterior: por un lado, eliminó la autorización del Secretario Asistente del Ministro de Defensa para los asuntos de Salud, después de la consulta que realizaba al Consejo General del Depósito, haciendo necesaria únicamente la autorización judicial, y por otro, la

²³ Cfr. Henrick, S. “A fourth amendment privacy analysis of the department of defense's DNA repository for the identification of human remains: the law of fingerprints can show us the way”, *Mil. L. Rev. Fall*, Vol. 181, 2004. pp. 69 y ss., con amplias informaciones sobre las condiciones de acceso y manejo del depósito de las Fuerzas Armadas norteamericanas. Este autor considera que en tales casos los derechos a la privacidad están garantizados por los controles de acceso para extraer información del depósito. En contra, Scherer, R. “Mandatory Genetics Dogtags and the Fourth Amendment: The Need for a New Post-Skinner Test”, *Geo. L. J.*, Vol. 85, 1996-1997, pp. 2007 y 2008, quien considera que una vez almacenada la información no existen suficientes garantías para la protección del derecho a la privacidad de los militares, principalmente por la interpretación de la cuarta enmienda por los tribunales civiles.

posibilidad de búsqueda en el depósito fue ampliada a todas las infracciones, sin importar la pena a imponerse.

La necesidad de autorización judicial para acceder al depósito militar se reglamentó con la finalidad de respetar el derecho fundamental de los soldados norteamericanos a la privacidad.

De otra parte, varios Estados han creado bases de datos de perfiles genéticos *con la finalidad de determinar y esclarecer conflictos relativos a la filiación de personas desaparecidas*. Es el caso de Argentina, donde durante el período de la dictadura militar desaparecieron miles de personas a las cuales les fueron sustraídos sus hijos para ser entregados a familias adeptas al régimen; sin embargo, por presiones de las familias afectadas, en 1989 las autoridades gubernamentales promulgaron una legislación que ordenaba la creación de una base de datos de perfiles de ADN con la finalidad de determinar la verdadera filiación de esos niños (ahora adultos) que habían sido arrebatados y declarados como hijos propios por otras familias hacia el final del período de la dictadura²⁴.

También *la Universidad de Granada, en España, tiene un sistema informático de perfiles genéticos para la investigación de personas desaparecidas. El proyecto, denominado Fénix²⁵, ha creado dos bases de datos con referencias de ADN*

²⁴ Cfr. el artículo 1.º de la Ley 23511 el cual establece “La creación de un Banco Nacional de Datos Genéticos a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y el esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. El BNDG funcionará en el Servicio de Inmunología del Hospital Carlos A. Durand, dependiente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, bajo la responsabilidad y dirección técnica del jefe de dicha unidad y prestará sus servicios en forma gratuita”.

²⁵ En este proyecto participan el Laboratorio de Identificación Genética de la Universidad de Granada y del Servicio de Policía Judicial (Centro de Investigación Criminalística) de la Guardia Civil, el Instituto de Toxicología de Madrid, la Policía Nacional y una red de laboratorios de ADN.

mitochondrial: una con muestras suministradas por los familiares de personas desaparecidas, y otra denominada *database questioned*, que posee muestras indubitadas obtenidas de restos y cadáveres no identificados. Los resultados obtenidos han permitido esclarecer decenas de crímenes en este país.

Adicionalmente, los Estados han creado bases de datos de información genética con fines de investigación médica y farmacéutica. Es importante resaltar el caso de la República de Islandia, el único país que se encuentra en proceso de formación de una base de datos de ADN de todos sus habitantes para ser utilizada únicamente con fines sanitarios²⁶.

Por último están las bases de datos creadas con fines forenses y utilizadas en el ámbito de la justicia penal, las cuales son objeto del presente estudio y, en nuestra opinión, tienen por finalidad la prevención e investigación de delitos.

2.1. Bases de datos de perfiles genéticos en el ámbito forense penal²⁷

La técnica de identificación del ADN fue utilizada por primera vez en 1986 en desarrollo de una investigación criminal por una doble violación con asesinato de dos jóvenes en Inglaterra, Reino Unido. En el famoso caso Pithfork fueron sometidos a una prueba masiva de ADN todos los hombres de la Villa con edades

²⁶ En el censo del año 2014, su población alcanzaba 327.589 personas. Cfr. [<http://www.datosmacro.com/demografia/poblacion/islandia>], consultada el 3 de septiembre de 2015.

²⁷ El presente estudio no trata los aspectos científicos del ADN forense sino su utilización en la investigación y prevención de los delitos. Una información detallada acerca de los conceptos básicos del ADN forense puede hallarse en la ponencia presentada por Alonso. “Nuevas técnicas de investigación del delito: intervenciones corporales y ADN”, en el curso organizado por el CEJ los días 21 a 23 de junio de 2004.

comprendidas entre 13 y 30 años. En total se tomaron más de 5.000 muestras y una de ellas coincidió con Pithfork, quien posteriormente fue condenado²⁸.

En principio, en el ámbito forense la parte no codificante del ADN es utilizada para extraer perfiles genéticos de presuntos delincuentes con la finalidad de almacenarlos en sistemas informáticos, pues esta no proporciona información genética sobre las características físicas o genotípicas del ser humano y, en principio, no vulnera el derecho a la intimidad y privacidad del individuo. Esta característica convierte esta parte del ADN en la adecuada para la persecución criminal, cuya única finalidad es capturar y juzgar con éxito al supuesto culpable de la comisión de un injusto penal.

Como bien afirma Alonso²⁹:

La información aportada de estas regiones carece de valor, hasta que es comparada con otro perfil anónimo como una muestra de referencia para establecer la identidad o la no-identidad genética entre las muestras comparadas o su grado de parentesco genético. Podemos decir, por tanto, que el perfil genético que se obtiene del estudio de estas regiones variables de ADN no codificante es como el código de barras que se utiliza para clasificar los productos en un supermercado, nada nos dice de las características del producto pero nos sirve para identificarlo.

En principio, las regiones no codificantes del ADN no suministran información genética del individuo. De ser así, esta prueba no representaría intromisión alguna en el derecho fundamental a la intimidad. Sin embargo, de una muestra biológica,

²⁸ Para más información de este caso, y sobre las tomas masivas de muestras biológicas para extracción de ADN, Cfr. Drobner, F. "DNA Dragnets: Constitutional Aspects of Mass. DNA Identification Testing", *Cap. U. L. Rev.*, Vol. 28, 1999-2000, pp. 479 y ss.

²⁹ Alonso, A. "Nuevas técnicas de investigación del delito", Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 1867.

por ejemplo, un frotis bucal, se obtiene parte codificante del ADN que suministra información sensible, permitiendo el estudio de un amplio número de genes. La información sensible que puede suministrar el ADN permite diferenciar este método de identificación de la toma de huellas digitales, donde no se tiene acceso a información íntima de los seres humanos. Ello obliga a regular estrictamente estos procedimientos de almacenamiento de perfiles genéticos en sistemas informáticos.

2.2. Introducción al almacenamiento de información genética como medida de control

Durante los últimos veinticinco años la obtención de la huella genética, o prueba del ADN³⁰, ha sido una de las expresiones más importantes de hasta dónde puede llegar un Estado en aras de *la seguridad ciudadana* y el ejercicio de *su violencia interna* en la limitación de los derechos fundamentales, en ese derecho penal llamado de la peligrosidad. No hay duda de que la utilización de la genética en la investigación del delito ha representado el avance más importante en las técnicas de persecución criminal de cierto grupo de infracciones en el sistema de justicia³¹, lo cual ha generado la voluntad de los Estados de almacenar perfiles genéticos en una base de datos para futuras investigaciones penales y, en nuestra opinión, con el fin de controlar las posibles actuaciones delictivas de aquellas personas a las que

³⁰ Concepto utilizado por primera vez en 1985 por el genetista británico Alex Jeffreys en referencia a la prueba de ADN.

³¹ No obstante, el excomisionado del departamento de policía de la ciudad de Nueva York, Howard Safir, planteó la necesidad de usar la prueba del ADN en todas las investigaciones posibles, así como su expansión para la inclusión de todo aquel que cometiera una infracción a la ley penal. Cfr. esta posición en Safir, H. *Security: Policing Your Homeland, Your State, Your City*, Nueva York: Thomas Dunne Books, pp. 57 y ss., y Schumacher, R. "Expanding New York's DNA Database: The Future of Law Enforcement", *Fordham Urb. L. J.*, Vol. XXVI, 1998-1999, pp. 1635 y ss.

les han sido almacenados sus perfiles genéticos partiendo de una supuesta peligrosidad.

Las bases de datos son sistemas informáticos que almacenan códigos o perfiles genéticos, identificados o no, pertenecientes a personas que podrían estar implicadas en la comisión de una infracción penal e, incluso, que han sido condenados previos a la existencia de las legislaciones sobre Bases de Datos de ADN. Adicionalmente, pueden contener la información de personas que voluntariamente desean ceder su perfil genético para el esclarecimiento de un delito determinado o para que definitivamente permanezcan en estos sistemas.

Un interrogante obligatorio que surge al momento de tratar el tema es hasta qué punto tiene el Estado la potestad de almacenar por cierto tiempo, o de manera definitiva, la información genética de sus ciudadanos, limitando con ello los derechos fundamentales relativos a la intimidad, la privacidad y la protección de datos personales. Intentaremos responder este interrogante al analizar el equilibrio entre *los derechos fundamentales que se pueden ver afectados al utilizar esta técnica de investigación y la necesidad de los Estados de establecer mecanismos de control social.*

En 1989 el Estado de Virginia, Estados Unidos, creó la primera base de datos de perfiles genéticos con fines de investigación e identificación de presuntos delincuentes. A partir de ese año más de veinte países han creado sistemas informáticos que contienen perfiles de ADN forenses penales, entre ellos Reino Unido, Alemania, Francia, Holanda y España, países cuyos Parlamentos han promulgado instrumentos legales específicos que regulan el uso de tales sistemas informáticos y los centros encargados de gestionar y administrar los bancos de información.

En España la LO 15 del 25 de noviembre de 2003, que reforma la *LECrim*, fue la primera legislación que autorizó el uso de la prueba del ADN en procesos penales y a la vez al Gobierno, a propuesta conjunta de los ministerios de Justicia e Interior, a regular mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN³², institución encargada del proceso de acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos, así como en la identificación de cadáveres, teniendo a su cargo las siguientes funciones: a. Establecer los criterios de coordinación entre los laboratorios que realicen estas diligencias mediante la elaboración de protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras biológicas; b. Determinar las condiciones de seguridad para su custodia, y c. Fijar todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos obtenidos en los procedimientos de extracción de ADN.

La promulgación de esta legislación no estableció todos los requisitos necesarios para la regulación y manejo de una información tan sensible e íntima como el ADN³³; se trata de una normativa que, en virtud de la Constitución española, debe tener el carácter de legislación orgánica debido a los derechos fundamentales que

³² En opinión de Gómez Amigo, L. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 7, “La inclusión de esta modificación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se justifica por la necesidad de contemplar normativamente las técnicas de investigación a través del análisis de las muestras biológicas, y la creación de una Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN resulta precisa para la correcta utilización de las técnicas de investigación a través del análisis de muestras biológicas”.

³³ Una panorámica sobre la manipulación y uso de estos sistemas informáticos en España, con amplias recomendaciones y anotaciones sobre el manejo de bases de datos de ADN, en Alonso, A. “Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal”, en *Genética y Derecho*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2001, p. 36 y ss.

se ven limitados al momento de almacenar los perfiles genéticos (art. 81 de la Constitución española), por lo que debió tener una regulación más precisa. Entre otros criterios técnicos y jurídicos, una legislación de tales características debió establecer: la parte del ADN (codificante o no codificante) de la cual podría ser extraído el perfil genético; las personas a quienes se les podría extraer; las condiciones de acceso a esta información, y la duración o conservación de estos datos en estos sistemas informáticos.

Por esa razón, en España fue promulgada la LO 10 del 8 de octubre de 2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que será analizada en el presente estudio en lo que concierne a la situación de España donde se establecieron los criterios básicos sobre almacenamiento información genética con fines policiales. En resumen, esta ley estableció qué parte del ADN podría ser analizada para la extracción del perfil, cuáles los sujetos obligados a ceder su perfil genético para investigaciones penales y cuál sería la duración de los mismos en las bases de datos, entre otras importantes reglamentaciones.

A los fines del presente estudio, la naturaleza jurídica de la inserción de perfiles genéticos en Bases de Datos de ADN con propósitos forenses es una medida de control o reforzamiento del cumplimiento de la ley (“*enforcement*”), cuyo objetivo es hacer que las personas a las que se les impongan esta clase de medidas internalicen que si vuelven a delinquir serán capturados con facilidad al tener los organismos de seguridad su perfil genético. Esta medida se fundamenta en la peligrosidad de los individuos³⁴ que delinquen, y por ende, es una especie

³⁴ Cfr. Slobogin, C. “A Jurisprudence of Dangerousness.”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 98, No. 1, 2003. Disponible en [<http://ss.rn.com/abstract=305459>], o [<http://dx.doi.org/10.2139/ss.rn.305459>], con importantes comentarios sobre la persona peligrosa

reforzamiento por parte del derecho penal al cumplimiento de la ley sobre individuos que el sistema considera peligrosos para poder controlarles en la denominada tendencia del derecho penal de la peligrosidad³⁵.

Este parece ser el espíritu de la última reforma del Código Penal español, cuyo artículo 129 bis, que no figuraba en el proyecto inicial, y para cumplir el Estado con “El Convenio relativo a la profundización transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal”, del 27 de mayo de 2005 (Tratado de Prüm), ratificado el 18 de julio de 2006, ordena la toma de muestras biológicas y la realización de análisis de ADN, incluida la inscripción de los mismos en la base de datos policial, a personas que sean condenadas por la comisión delitos graves contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la indemnidad sexual, y el terrorismo, entre otros, siempre y cuando la circunstancia del hecho, los antecedentes, la valoración de la personalidad, o cualquier otra información disponible, permita estimar que existe un peligro relevante de reiteración delictiva.

en derecho penal y la necesidad de prevención-disuasión, establece que hay situaciones en las que la simbología del derecho penal expresada a través de sanciones no funciona debido a que la misma no tiene efectos sobre los delincuentes. En esos casos la sociedad se empodera para imponer medidas preventivas en adición o preferencias, antes que sanciones penales. Slobogin también considera que el debate entre libertad de las personas y seguridad como justificación de las medidas a tomar sobre personas consideradas peligrosas muchas veces no toma en consideración los argumentos de su contraparte, proponiendo dos criterios para justificar la medida: la proporcionalidad entre la medida a imponer y el peligro a evitar, y la necesidad de poner límites (duración a la medida).

³⁵ Sobre este particular, cfr. Susín Betrán, R. “La revalorización del miedo como instrumento de regulación social. De la inseguridad y otras miserias”, en María José Bernuz Beneitez y Ana Isabel Pérez Cepeda (Coords.). *La tensión entre libertad y seguridad, una aproximación socio-jurídica*, Universidad de La Rioja, 2006, p. 131: “De estas medidas, el recurso masivo y sistemático al encarcelamiento, la hiperinflación carcelaria, es la tendencia más visible pero no la única, pues se acompaña de otras herramientas de seguridad, como son la extensión horizontal de la red penal, esto es, el incremento de medidas que sin conllevar encierro en prisiones suponen privación de libertad y generalización de medidas de control y vigilancia”.

En términos similares, la Ley de Protección a la infancia y la adolescencia fortalece este concepto de medida de control al crear un Registro de Delincuentes Sexuales (RDS), el cual deberá incluir datos de perfil genético, con la finalidad de que España cumpla con el “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, del 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010. Como se puede observar, se trata de dos medidas de control para evitar el contacto de los niños con delincuentes sexuales, y el reaseguramiento (en el caso del ADN) de que, si se exponen a la comisión de un delito, el propietario del perfil genético tiene mayores probabilidades de ser identificado.

Así, estas medidas de almacenamiento de perfiles genéticos en el registro de agresores sexuales pueden consistir en un desincentivo adicional para personas que parecen no temer a las sanciones penales por lo que son necesarios mecanismos de control adicionales que logren disuadirlos de intentar agredir sexualmente a menores de edad. Estas nuevas modalidades de consecuencias jurídicas del delito permiten, en principio, un efecto disuasivo adicional, sobre delincuentes sexuales, denominado en inglés “*specific deterrence*” o disuasión específica³⁶, pues éstos tienen la capacidad de adaptar su comportamiento acorde con las reglas, pero rechazan las mismas y reinciden en la comisión de delitos³⁷.

³⁶ Cfr. en ese sentido, Corrado, M. “Why do we resist hard incompatibilism? Thoughts on Freedom and Punishment”, en Nadelhoffer, Thomas (Coord.). *The future of punishment*, Oxford Press., New York, 2013, p. 94, quien establece que uno de los beneficios de la corrección es la consecuencia de que la sociedad tenga derecho a que el delincuente logre las finalidades de la misma obteniendo, en resumen, lo siguientes beneficios: a. Que los individuos aprendan a vivir dentro de las reglas de la sociedad, y b. Que el control sirva para que asimilen el significado de las reglas.

³⁷ Ibid., p. 101.

2.3. Fuente de los perfiles genéticos

Los países que han creado bases de datos de ADN han utilizado diferentes criterios para la inserción de los perfiles genéticos en estos sistemas informáticos. En sentido general, la información ha provenído de tres fuentes principales:

- a. De muestras biológicas, que contienen material genético, extraídas de personas sospechosas o condenadas por cometer una infracción penal (indubitadas).
- b. De vestigios biológicos (pelos, sangre, saliva o semen) encontrados en la escena del crimen (dubitadas).
- c. De muestras biológicas que contienen material genético, extraídas de personas que voluntariamente ceden su perfil para una investigación determinada, o para que permanezcan por tiempo indefinido en la base de datos (indubitadas).

Una cuarta fuente utilizada en el ámbito forense penal es la de los agentes del orden o investigadores criminales. En ese orden de ideas, en 2002 fue modificado en Inglaterra y Gales el *Police Regulation Act* con la finalidad de obligar a los policías que desearan ingresar al servicio a ceder una muestra biológica. La finalidad era extraer el perfil genético y almacenarlo en una base de datos denominada *Police Elimination Database (PED)*. Por su parte, los oficiales activos tenían la opción de hacer la cesión voluntariamente.

Esta fuente de extracción de perfiles genéticos de los cuerpos policiales ingleses, pese ser utilizada en el ámbito forense, no puede ser caracterizada propiamente como tal, en razón a que la información no es utilizada discrecionalmente por las autoridades, siendo necesario obtener autorización de un oficial superior o de un

miembro de soporte científico cuando se tenga sospechas de contaminación del entorno del delito.

2.4. Información que contienen los sistemas informáticos de almacenamiento de perfiles genéticos

En el ámbito estatal las legislaciones sobre base de datos de ADN no permiten la introducción en el sistema de los datos personales de los titulares de la información genética. De modo que los nombres y apellidos, el domicilio, o cualquier otra información que relacione al titular con el perfil genético almacenado no aparece en el sistema, pues la información es presentada solo mediante datos alfanuméricos, en frecuencias, bajo estándares de nomenclatura forense universalmente aceptados asignados por el sistema. A ese proceso se le denomina técnicamente “disociación de datos” y se realiza para evitar la posible discriminación de las personas por su información confidencial genética. Esta medida administrativa busca eludir la provisión de cualquier información que relacione al titular con el perfil genético almacenado para fines diferentes a investigaciones penales. En ese sentido, el artículo 7.º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, votada por los Estados miembros de la UNESCO, establece que: “Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

2.5. Posibles resultados del proceso de cruce de datos

La introducción en el sistema informático de un perfil genético tomado de una muestra biológica, dubitada o indubitada, para realizar un cruce de datos con la información que contiene el sistema *puede producir los siguientes resultados*:

- a. Que la muestra dubitada coincida con otra igual. La interpretación de este resultado relaciona el perfil genético de un individuo con la comisión de dos infracciones en las que no se tiene identificado al responsable; es útil para la investigación de casos en que se encuentren implicados delincuentes en serie.
- b. Que una muestra dubitada coincida con una indubitada. El resultado supone la vinculación de una persona que tiene su perfil genético insertado en el sistema a un delito investigado, siendo exitoso el cruce.
- c. Que la muestra indubitada coincida con una dubitada. El resultado supone la relación de la persona investigada con el perfil genético encontrado en una escena de un crimen o con delitos pasados, produciendo un “*hit*” o éxito en la búsqueda.
- d. Que la muestra indubitada coincida con una semejante. El producto del cruce es la relación de una persona con dos infracciones diferentes.

2.6. Utilidad y clasificación de los índices de las bases de datos de perfiles genéticos

Tal como hemos señalado, la información genética almacenada puede provenir de distintas fuentes. En la base de datos son creados, generalmente, dos índices o ficheros: en el primero se almacenan los datos pertenecientes a personas identificadas, y en el segundo los resultados provenientes de vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen y de los que no se tiene un titular identificado.

Los índices de perfiles genéticos de personas no identificadas tienen por finalidad establecer la presencia de un individuo en el lugar en que fue cometida una infracción penal de la cual se desconoce su responsable; se trata de un acto de presencia que pudo haber ocurrido antes, durante o después de la comisión del delito. La utilidad de los ficheros que contienen los perfiles genéticos se hace patente en el marco de una investigación penal determinada, en primer lugar, por su capacidad virtual de relacionar a un individuo con una infracción penal y, por ende, encontrar pistas o indicios que hagan posible la solución judicial de un caso en una persecución criminal, y en segundo lugar, por su contribución a la reducción de las tasas de delincuencia, ayudando a solucionar casos en los que se tengan muestras biológicas sin que se haya podido identificar a los responsables. Principalmente, en el caso de los delincuentes en serie, para determinar con certeza su carrera delictiva, estableciendo un orden cronológico de actuaciones.

Por su parte, los ficheros de personas identificadas o individuos que voluntariamente deciden insertar su perfil genético en una base de datos tienen las siguientes finalidades político-criminales:

- a. Identificar virtualmente al autor de la comisión de una infracción penal en la que no existe responsable, comparando el perfil genético con los almacenados en los índices creados a partir de muestras biológicas encontradas en la escena del crimen.
- b. Disuadir a los infractores de la legislación penal para evitar la comisión de futuras actuaciones delictivas, al transmitirles el mensaje de que al cometer un nuevo delito podrán ser identificados mediante la técnica del ADN y ser requeridos para fines de investigación convirtiéndose en potenciales responsables. Esta

situación influye directamente en la reincidencia debido al efecto disuasivo de la medida, tal como se verá en el último capítulo del presente estudio.

c. Disuadir a todos los miembros de una sociedad en la comisión de delitos por el temor a perder su privacidad e intimidad genética.

d. Cooperar en el ahorro de los recursos económicos del Estado destinados a la persecución penal, gracias a la rapidez que ofrece esta técnica para identificar y descartar personas investigadas por la comisión de un delito.

2.7. Archivos de muestras biológicas forenses y la exculpación de delincuentes con posterioridad a condenas judiciales

Las muestras biológicas encontradas en la escena del crimen son almacenadas en un depósito con la finalidad de que tales archivos sean la fuente exacta de la cual se extrae la información genética. Este procedimiento es la parte más sensible de la inserción de perfiles genéticos en una base de datos, pues de tales muestras se pueden extraer restos del ADN codificante que suministra información confidencial de su titular.

Los Estados de la federación norteamericana y su gobierno federal conservan las muestras biológicas por tiempo indefinido³⁸, mientras que en Europa existen legislaciones con estándares diferentes; así, en Austria, Eslovenia y Finlandia, las muestras pueden ser retenidas por un tiempo indefinido, mientras que en Alemania,

³⁸ Aludiendo a este proceso de almacenamiento de muestras biológicas en los Estados Unidos, Rothstein, M. y Carnahan, S. “Legal and Policy Issues in Expanding the Scope of Law Enforcement DNA Data Banks”, *Brook. L. Rev.*, Vol. 67, p. 156, señalan que el FBI mantiene almacenadas las muestras biológicas con la finalidad de tener uniformidad con los demás Estados de la Unión, cuyas legislaciones permiten mantener las muestras por tiempo indefinido para investigaciones criminales.

Países Bajos, Noruega, España y Bélgica tienen que ser destruidas pasado cierto tiempo³⁹. Las razones principales del mantenimiento de la muestra biológica son:

- a. Evitar el coste de realizar a una persona que haya sido condenada un nuevo análisis de ADN para la investigación en un proceso determinado.
- b. Realizar nuevos análisis, en caso de que los cambios en la tecnología aplicada presenten innovaciones utilizando novedosas y diferentes metodologías de extracción de perfiles genéticos.
- c. Realizar análisis confirmativos exitosos reduciendo las posibilidades de comisión de errores en la digitación del perfil cuando el sistema cruza los datos encontrados con aquellos almacenados en la base de datos.
- d. Otorgar al supuesto titular de la muestra biológica almacenada la posibilidad de realizar nuevos exámenes.

En Estados Unidos el almacenamiento de las muestras biológicas ha permitido la exoneración de responsabilidad penal a personas sentenciadas a penas privativas de libertad e inclusive la pena de muerte⁴⁰. El recurso judicial de revisión de casos ha

³⁹ Estos países han acogido lo estipulado en la Recomendación 1 (1992) sobre la utilización del análisis de ADN dentro del marco de la administración de justicia penal, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que en su artículo 8.º establece textualmente: “Las muestras y otros tejidos corporales tomados de personas para análisis de ADN no deberán guardarse una vez dictada la resolución definitiva en el proceso para el que hayan sido utilizados, a menos que ello sea necesario con fines directamente relacionados con aquellos para los que fueron recogidos”, pese que en el caso de Alemania, Países Bajos y Noruega se reservaron el derecho de sus gobiernos a cumplir o no el principio 8 de la recomendación. Cfr. Casabona, R. *Código de leyes sobre genética*, Bilbao, Fundación BBVA, Vizcaya, 1997, pp. 557 y ss.

⁴⁰ Como manifestamos al inicio del presente capítulo, la prueba del ADN ha sido utilizada para exonerar a personas de la pena de muerte en los Estados Unidos. En ese sentido, cfr. Carter, Linda. *Understanding Capital Punishment*, 3.ª ed., San Francisco, Lexis Nexis, 2012, pp. 297 y

sido utilizado por estos individuos para solicitar exámenes de ADN a muestras biológicas encontradas en la escena del crimen que no fueron realizados al momento de producirse el fallo.

El “*Innocence Project*” de la Escuela de Derecho Benjamín N. Cardozo de la Universidad de Yeshiva, en la ciudad de Nueva York, ha trabajado en la liberación de más de 333 *personas condenadas injustamente, casos que han sido revisados tomando* en consideración los resultados extraídos de pruebas genéticas, además de estudiar las causas que provocaron dichos fallos⁴¹. En un 72% de los casos el resultado fue producto de una percepción falsa o equivocada realizada por testigos oculares que identificaron erróneamente a la persona condenada. Una tercera parte fue el producto de una aplicación errónea de las ciencias forenses, comprobándose que los investigadores o fiscales sometieron al tribunal pruebas fraudulentas o alteradas, y, finalmente, los casos restantes se debieron a falsas confesiones por las personas investigadas, mediante declaraciones autoincriminatorias, principalmente por negociaciones sobre las condenas, con figuras jurídicas como el *plea bargaining*.

Generalmente las legislaciones nacionales utilizan la figura procesal del recurso de revisión de casos con posterioridad a condenas judiciales, el cual, en opinión de cierto sector de la doctrina,

298, establece que el fundamento de la tecnología del ADN se encuentra en la percepción social de un falso sentido de seguridad de que el sistema de justicia penal puede determinar quién es o no culpable. Pero muchas de las personas condenadas a la pena capital fueron sentenciados antes de que esta prueba fuera utilizada por las agencias de seguridad.

⁴¹ Cfr. *Innocence Project*. “Afirmaciones en los casos de exoneraciones por medio de la prueba del ADN después de condena” (“Post-Conviction DNA Exoneration Facts”). Disponible en [<http://www.innocenceproject.org/>], consultada el 30 de noviembre de 2015.

... no es un recurso, pues no se cuestiona la validez de la sentencia, sino que, a la vista fundamentalmente de las circunstancias que no han sido tomadas en cuenta la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta; *por consiguiente, la revisión es una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas*⁴².

La naturaleza del recurso de revisión es extraordinaria,

... en cuanto, de prosperar, supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del derecho. De ahí que este instituto jurídico sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadamente injustas en las que se evidencia, en favor del reo, la inocencia respecto al hecho que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria⁴³.

La mayoría de las legislaciones coinciden en que uno de los motivos principales de que sean acogidos estos recursos es la aparición de nuevos hechos o elementos de prueba que evidencien la inocencia del condenado⁴⁴. En realidad,

... no es necesario que los hechos sean nuevos en el sentido de que se hayan producido con posterioridad a la sentencia; se procede a la revisión siempre y cuando la sentencia dictada en su momento no haya tenido en cuenta elementos de hecho que, bien porque se desconocían o bien porque no se alegaron, hubiesen determinado la inocencia del condenado⁴⁵.

⁴² Gimeno Sendra, V.; Moreno, V. y Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., Madrid: Colex, 1999, p. 762.

⁴³ Cfr. Sentencia No. 1726/2003 de 22 diciembre. RJ 2004\657, Magistrado Ponente: Julián Sánchez Melgar.

⁴⁴ En términos similares, el artículo 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

⁴⁵ Gimeno Sendra, V.; Moreno, V. y Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., cit., p. 767.

Los argumentos expuestos comprueban la importancia de almacenar muestras biológicas por parte de los Estados, además de ratificar la calidad del uso de los análisis de ADN en el sistema de justicia criminal. Y aunque las características de universalidad, diversidad y estabilidad del genoma humano permiten realizar posteriores exámenes sobre vestigios biológicos conservados, sin embargo, activistas de derechos humanos han exteriorizado una posición contraria a esta práctica.

Los grupos de derechos humanos afirman que en cada escena del crimen aparecen generalmente nuevas muestras biológicas y que la conservación indefinida de los datos atenta contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, el Servicio de Ciencias Forenses británico ha admitido la aprobación de cinco proyectos científicos con distintas finalidades acerca del uso forense del ADN, aunque no ha especificado si estas investigaciones científicas fueron realizadas sobre muestras biológicas que tenían partes codificantes. Sin embargo, sus funcionarios administrativos admitieron que dos de los proyectos tenían por finalidad hacer más eficientes los procesos de identificación de personas implicadas en delitos, fundamentados en rasgos étnicos o familiares⁴⁶.

En fin, los procesos de almacenamiento de las muestras biológicas y el manejo de bases de datos de perfiles de ADN por parte de los Estados, tienen que ser regulados por procedimientos administrativos transparentes, para lo cual es necesario crear organismos especializados que regulen y controlen la conservación de los vestigios con altos estándares de calidad.

⁴⁶ En el caso específico de Inglaterra, diferentes ONG han manifestado su preocupación sobre el uso de las muestras biológicas por autoridades estatales, y en ese sentido la organización Gene Watch UK ha afirmado que nada previene que en un futuro sean realizadas investigaciones orientadas a temas polémicos, como los genes de la criminalidad; cfr. Gene Watch. “The Police National DNA Database”, *Human Rights and Privacy*, Gene Watch UK, No. 31, 2005, p. 3.

2.8. Argumentos contrarios al proceso de almacenamiento de información genética

Actualmente nadie discute la importancia y utilidad del proceso de almacenamiento de perfiles genéticos en sistemas informáticos, pues la evolución de tales herramientas ha pasado por un proceso constitucional de legitimidad y cuestionamiento jurídico permanente; sin embargo, los argumentos utilizados para restar calidad jurídica y política a la base de datos pueden ser clasificados en socioeconómicos y jurídicos. En la presente sección realizaremos una breve introducción a estos argumentos, los cuales serán desarrollados con mayor amplitud en los Capítulos III y IV de este estudio.

2.8.1. Argumentos socioeconómicos

Uno de los argumentos en contra del almacenamiento de información genética es el uso discriminatorio que se puede hacer de la misma mediante su diseminación, produciendo efectos adversos sobre sus titulares⁴⁷; una mala práctica que podría ser utilizada en el ámbito socio-laboral por futuros empleadores en contra de los individuos que soliciten un empleo o por compañías aseguradoras en formas discriminatorias cuando las personas quieran otorgar un contrato de seguro⁴⁸.

⁴⁷ Lo ponen de relieve Smith, P. y Burns, T. “Genetic Determinism or Genetic Discrimination”, *Contemp. Health L. & Pol’y*, Vol. 11, 1994-1995, pp. 23 y 24, al señalar que “el peligro no se encuentra en la ingeniería genética, ni en la creación de un ser humano superior, sino en la diseminación de la información clave sobre el genotipo de un individuo, información que se considera inherente a este y con características de sensible”.

⁴⁸ Aludiendo a los efectos discriminatorios por motivos genéticos en el campo de los seguros, Greetter, J. “Coding for Change: The Power of the Human Genome to Transform the American Health Insurance System”, *Am. J. L. & M.*, Vol. 28, 2002, p. 2, afirma que las personas temen al uso de la información genética por parte de las compañías aseguradoras y que dicho temor está basado en la utilización injusta que de la misma pueden hacer tales empresas, existiendo un

Así, en el ámbito laboral una persona que solicite un trabajo puede ser objeto de un trato discriminatorio debido a su información genética, ante la probabilidad de un ínfimo rendimiento en su labor por padecer alguna enfermedad o ser propensa a ella, además de que la contratación de un individuo con estas características aumentaría los costes del empresario, el cual tendría que contratar primas adicionales de seguros médicos y de riesgos laborales⁴⁹. Por su parte, en lo que se refiere al contrato de seguro, el conocimiento de información especial rompe el principio de igualdad de riesgo para las partes implicadas ya que la compañía aseguradora conocería la predisposición del asegurado a sufrir algún tipo de patología, lo que podría aumentar los costes del seguro o la elaboración de primas especiales⁵⁰.

consenso público entre los profesionales de la salud de que estas no deberían tener acceso a la información a fin de evitar la creación de primas especiales a individuos que sean propensos a padecer patologías genéticas.

⁴⁹ Lo señala muy bien Deyerle, K. “Genetics Testing in the Workplace: Employer Dream, Employee Nightmare, Legislative Regulation in the United States and the Federal Republic of German”, *Comp. Lab. L. & Pol’y J.*, Vol. 18, p. 598, cuando pone de manifiesto que: “los empleadores ven en los exámenes genéticos realizados sobre personas que aplican a un empleo una relación costo-beneficio”.

⁵⁰ Cfr., por todos, De Ortúzar, María Graciela. “El uso no médico de la información genética individual”, en Salvador Bergel y Minyersky (Dir.). *Genoma humano*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p .287: “Por otra parte, los originales objetivos médicos de los tests genéticos – prevención, tratamiento e identificación de factores ambientales que permitan mejorar la calidad de vida de las personas– quedaron relegados ante la percepción social de su creciente comercialización, alejando a los individuos de su uso, aun cuando fueran requeridos por sus médicos. Ante el temor de violación a la confidencialidad de la información y su posible utilización en ámbitos no médicos (discriminación laboral, pérdida del seguro de salud, etc.), el examen genético generaba un alto grado de desconfianza y ansiedad en la población, la cual no sólo sentía amenazada su privacidad, sino que las connotaciones históricas y sociales del uso de la información genética le recordaba cómo la misma podía crear estigmatización, afectando las relaciones personales y familiares, y también la propia supervivencia económica y social del individuo, de los grupos étnicos o sociales”.

Otro argumento discriminatorio es el de la conformación de los perfiles insertados en una base de datos. En ese sentido, los perfiles genéticos pertenecerían sobre todo a personas de minorías étnicas y de sexo masculino, lo cual ocurriría principalmente en países como Estados Unidos donde la población negra tiene una mayor probabilidad estadística de ser detenida que la población blanca⁵¹. Adicionalmente, los hombres tienen mayor probabilidad de ser condenados que las mujeres, con una probabilidad de 11,3% frente a un 1,8% en el caso del sexo femenino.

Finalmente, en el proceso de almacenamiento de información genética se producen limitaciones de los derechos fundamentales; en primer lugar, en la fase de investigación y análisis del ADN se limita el derecho fundamental a la integridad física y a la intimidad, y una vez esclarecido el delito se procede a la conservación estatal de los datos genéticos en un sistema informático. En este segundo momento son limitados los derechos fundamentales relacionados con la presunción de inocencia⁵², privacidad, la intimidad y la Protección de Datos Personales, derechos

⁵¹ Cfr. Schaefer, J. "Profiling at the Cellular Level: The Future of the New York State DNA Databanks", *Alb. L. Sci. & Tech.*, Vol. 14, 2003-2004, p. 578, "... los jóvenes de raza negra son detenidos cuatro veces más que los jóvenes de piel blanca". Adicionalmente, cfr. Bureau of Justice Statistics, U.S. Dept. of Justice. "Criminal Offenders Statistics". Disponible en [<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/crimoff.htm>], consultada el 30 de noviembre de 2015. Estadísticamente los jóvenes de raza negra tienen un 18,6% de probabilidades de ser condenados durante su vida, mientras que los latinos un 10% y los blancos un 3,4%.

⁵² En ese sentido, S y Marper contra Reino Unido de 4 de diciembre 2008. TEDH 2008\104, acápite 122: "Particularmente preocupante en este caso, es el riesgo de estigmatización, que se deriva del hecho de que las personas en la situación de los demandantes, que no han sido reconocidos culpables de ninguna infracción y tienen derecho a beneficiarse de la presunción de inocencia, sean tratados de la misma manera que los condenados. Conviene no perder de vista, a este respecto, que el derecho de toda persona a ser presumida inocente (derecho que garantiza la Convención) comporta una regla general en virtud de la cual ya no se pueden expresar sospechas sobre la inocencia de un acusado una vez que ha sido absuelto".

fundamentales que han sido debatidos en distintos tribunales, pasando el filtro constitucional⁵³, como veremos detalladamente en los capítulos II y IV del presente estudio.

3. Tendencias actuales e internacionalización de la utilización de perfiles genéticos en el sistema jurídico penal. Base de datos universal

El almacenamiento de información genética puede ser considerado como una de las consecuencias del proceso expansivo del sistema jurídico penal⁵⁴. En efecto, en la utilización del ADN se han relativizado o reinterpretado las garantías constitucionales en el ámbito jurídico penal con la finalidad de ampliar el número de individuos a quienes se les puede insertar su perfil genético en una base de datos⁵⁵. En ese sentido, constantemente los Estados realizan modificaciones importantes a sus legislaciones a fin de ampliar las posibilidades de conservar el

⁵³ Cfr. Burk, D. y Hess., J. “Genetic Privacy: Constitutional Considerations in Forensic DNA Testing”, *Geo. Mason U. Civ. Rts. L. J.*, Vol. 5, 1994-1995, p. 53. Quienes realizan un estudio constitucional sobre la prueba del ADN, considerando que por la mínima intervención que supone pasaría el filtro constitucional sostienen que “La doctrina constitucional del derecho a la privacidad provee protección sobre flagrantes abusos del gobierno”.

⁵⁴ Expansión en el ámbito jurídico penal es el término utilizado por Silva Sánchez, J. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Madrid, 2001 p. 20, para definir la tendencia general al proceso de “Creación de nuevos bienes jurídicos penales, ampliación de los riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación, y relativización de los principios político-criminales de garantía”. A los fines del presente estudio, el concepto expansión será utilizado para describir el fenómeno de ampliación de posibilidades de insertar perfiles genéticos en sistemas informáticos, limitando derechos fundamentales en pro de una supuesta seguridad colectiva; es decir, la continuación del proceso de relativización de las garantías jurídico-penales sustantivas y procesales.

⁵⁵ Critica esta situación Albrecht, quien establece que la medida coercitiva de tomar muestras de saliva (la llamada huella genética), de toda la población o de personas condenadas, pone en evidencia que cualquiera puede ser un sospechoso potencial y, cualquier caso, por lo menos la población masculina se encontraría bajo una sospecha general. Albrecht, P.-A. “The forgotten freedom. September 11 as a challenge for European legal principles”, *Berliner Wiss.enschafts-Verlag*, 2003, p. 138.

perfil genético de un número mayor de personas, procesos que pueden vulnerar una amplia gama de derechos fundamentales. A continuación procedemos a analizar los rasgos expansivos en estos procedimientos.

3.1. Inicios de la expansión

En el ámbito forense penal la base de datos de ADN fue concebida inicialmente para almacenar información genética de personas condenadas por delitos graves, entre los cuales era común encontrar aquellos que lesionaban bienes jurídicos como la libertad sexual y la vida.

En una segunda etapa, los Estados ampliaron la conformación de la base de datos a todos los condenados, sin tomar en consideración el tipo de delito cometido. En efecto, algunos países europeos modificaron sus legislaciones para autorizar la conservación de una cantidad mayor de perfiles genéticos, de modo que en Alemania, tras su primera legislación de 1998, introducida en la Ordenanza Procesal (*StPO*), se permitió conservar la información genética, principalmente, de delincuentes sexuales. En agosto de 2005 se realizó una modificación que aprobó insertar el perfil genético de personas que cometiesen de forma reiterada delitos menores cuya relevancia conjunta fuera equiparable a un delito de notoria importancia, con la finalidad de evitar la reincidencia de los condenados y el inicio de carreras criminales.

Esta situación también ocurrió en Francia, donde, mediante la Ley 2003-239 del 18 de marzo de 2003 para la seguridad interior, se modificó el artículo 706-55 del Código de Procedimiento Penal ampliando la lista de infracciones a delitos de

robo, estafa y amenazas, entre otros, relativizando en gran medida la gravedad de las infracciones⁵⁶.

3.2. La aplicación retroactiva de estas legislaciones a personas que estuvieran cumpliendo condenas

El tercer período, objeto de graves cuestionamientos a estas técnicas, se inició con la promulgación del *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000* en Estados Unidos. Esta legislación autorizó la extracción de material genético a personas condenadas con anterioridad a su promulgación. También a individuos que se encontraran disfrutando de beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (*Parole*).

Con motivo de la aplicación retroactiva del *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000* se produjo un fallo judicial muy importante en Estados Unidos: el famoso caso *Kincade*⁵⁷, en el cual el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones ratificó la conformidad constitucional de esta medida, argumentando que: 1. Una persona que se encuentre en libertad condicional tiene disminuida su expectativa del respeto a su derecho a la privacidad, porque ha sido condenada por una violación a la ley, 2. La extracción de sangre debe ser considerada una intervención corporal mínima, debido a que esos exámenes son comunes en la sociedad, no teniendo un riesgo virtual, trauma o dolor, y revelando únicamente la identidad, y 3. La sociedad

⁵⁶ Con amplias anotaciones sobre lo acontecido en Francia en el proceso de almacenamiento de información genética en las bases de datos de ADN, cfr. Renard, Muriel. “Les fichiers des empreintes génétiques de 1998 a 2005”, en Christian Doutremepuich (dir.). *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*”, Institut National de Hautes Études de Sécurité, París, 2006, p. 66, quien concluye que con posterioridad a la ley de Seguridad interior el Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (FNAEG) ha tomado una dimensión ambiciosa debido a la cantidad de perfiles genéticos que pueden ser almacenados.

⁵⁷ Cfr. *Kincade vs. United States*, 379 F.3d 813,818, n.6 (9th cir. 2004).

manifiesta un interés fundamental en que sean cumplidas las disposiciones estipuladas por el *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000*, las cuales aseguran el cumplimiento de las condiciones por las que una persona es dejada, condicionalmente, en libertad, teniendo efectos directos sobre la reincidencia, por los efectos disuasivos que produce, al evitar la comisión de futuros crímenes y ayudar a solucionar delitos cometidos y no resueltos en el pasado, clausurando de esta forma el sufrimiento en las víctimas.

La aplicación retroactiva de esta normativa, y su validación constitucional en la sentencia *Kincade*, son una clara expresión del proceso expansivo en estos procedimientos, al reinterpretar el principio constitucional de irretroactividad.

3.3. La ampliación a personas detenidas por la policía

Una modificación realizada en 2001 en el *Criminal Justice and Police Act 1984* en Inglaterra y Gales, inauguró el cuarto período de la expansión en ese tipo de procesos. La legislación estableció la potestad de almacenar el perfil genético de individuos detenidos por la policía, sin importar que fueran dejados en libertad por no tener relación con la infracción investigada.

En condiciones similares, en Estados Unidos fueron promulgadas legislaciones que permitían la conservación del perfil genético de los detenidos⁵⁸. El proceso se inició en algunos de sus Estados al permitir la inserción de información genética de

⁵⁸ Realiza un análisis comparativo de las causas que permitieron el almacenamiento de información genética en Estados Unidos e Inglaterra, Campbell, Liz. “Non-Conviction DNA Databases in the United States and England: Historical Differences, Current Convergences”, 15 *Int'l J. Evidence & Proof* 281, S. 289, 2011, quien llega a la conclusión de que esta expansión se debe a razones ideológicas y a un discurso político sobre la noción del riesgo, y a que la inserción de perfiles genéticos de personas no condenadas en base de datos de ADN y su posterior retención se debe a una nueva penología con estrategias adaptadas y énfasis en la prevención para un mejor control, a partir de la noción de las carreras criminales de infractores de alto riesgo.

individuos investigados por ciertas clases de infracciones como asesinatos, secuestros y violaciones sexuales⁵⁹. Posteriormente, a escala del gobierno federal, el Presidente Bush promulgó el *Justice for All Act of 2004*, autorizando esta práctica. Además, esta legislación dispuso la inversión de más de US\$1 billón para una mayor utilización de la tecnología del ADN en el sector de la justicia criminal.

El *Justice for All Act of 2004* incentivó el proceso expansivo en los Estados de la Unión norteamericana, principalmente por los recursos invertidos en el uso de la tecnología del ADN. La finalidad principal es incrementar la oportunidad de realizar un cruce de datos exitoso por cada persona detenida por la policía, sin tomar en consideración la vulneración de derechos fundamentales al limitar el derecho a la intimidad y privacidad de un individuo antes de ser condenado.

Estas legislaciones introducen la toma masiva de muestras biológicas (*DNA dragnets*), en la mayoría de los casos por la policía, inclusive a personas que no tengan relación con los hechos que estén siendo investigados, lo que provocará la inserción de todos los perfiles genéticos perteneciente a todos los miembros de un Estado, en un tiempo relativamente corto⁶⁰.

⁵⁹ Ya en 2001 las legislaciones de los Estados de California y Louisiana permitían la inserción de perfiles de ADN de los detenidos por ciertas infracciones, principalmente, delitos contra la libertad sexual. Posteriormente, en 2004, los Estados de Texas y Virginia promulgaron legislaciones relativas a la inserción de perfiles de ADN de detenidos, sin importar su sometimiento o no a la acción de la justicia. Cfr. [www.dnasource.com], consultada el 29 de abril de 2015.

⁶⁰ Así lo ha expresado Grand, J. “The Bleeding of America: Privacy and the DNA Dagnet”, *Cardozo L. Rev.*, Vol. 23:6, 2001-2002, pp. 2322 y 2323, quien considera que “... estos procedimientos bien regulados ayudarán a ampliar el número de perfiles genéticos almacenados en sistemas informáticos, provocando la efectividad del ADN como herramienta en la lucha contra el crimen”.

3.4. Etapa final del proceso expansivo

Todo parece indicar que el proceso expansivo seguirá evolucionando hasta la creación de bases de datos con todos los perfiles genéticos de los miembros de un Estado. La finalidad principal sería lograr resultados exitosos en cada proceso de cruce de datos a la vez de tener controlada a toda la población. Los argumentos esgrimidos para defender esta posición son: i. La elusión de efectos discriminatorios por estar conformado el sistema con todos los perfiles genéticos de sus ciudadanos; ii. La prevención general en los miembros de la comunidad ante la comisión de futuras infracciones por la posibilidad de captura inmediata que ofrece la huella genética, y iii. La reducción de los costos en la persecución criminal.

Alguna parte de la doctrina considera que el almacenamiento de todos los perfiles genéticos tendría menos efectos discriminatorios, e incluso aumentaría los estándares de garantía al tener que proteger toda la identificación genética de la población. Ello porque, en caso de ser necesaria la búsqueda en las bases de datos, la autorización judicial siempre sería razonable, pues sería realizada de manera equitativa a cada miembro de la población⁶¹.

Pese a los resultados anteriormente expuestos, que podríamos considerar loables, a nuestro juicio, un proyecto de esta magnitud debería ser estructurado con un alto estándar de garantías jurídicas y salvaguardas técnicas para evitar un uso inadecuado de estas bases de datos como analizaremos en el capítulo IV. En

⁶¹ En ese sentido cfr. Monteleoni, P. “DNA Databases, Universality, and the fourth Amendment”, 82 *N.Y.U.L. Rev.* 247, 2007, p. 249, quien considera que una base de datos de estas características permitirá un amplio consenso político que hará incluir en las legislaciones de Bases de Datos de ADN las salvaguardas necesarias para evitar su mala utilización.

especial, el posible inicio de una sociedad del control en la cual no existiría el derecho a la privacidad, ni la protección de datos personales, ni la presunción de inocencia, en caso de no regular adecuadamente dicha situación.

3.5. Internacionalización e integración de las bases de datos con fines de persecución criminal

Hoy en día todos los Estados reconocen la importancia de la cooperación judicial y policial internacional⁶², y en ese ámbito las naciones realizan esfuerzos tendentes a equiparar sus legislaciones o, en su caso, a firmar tratados internacionales multilaterales y bilaterales de cooperación para combatir ciertas formas de delincuencia, como por ejemplo, el lavado de activos, el terrorismo y el tráfico de personas⁶³.

En el ámbito de la cooperación policial internacional los Estados realizan esfuerzos tendentes a elaborar una plataforma informática que permita intercambiar perfiles genéticos, a la vez que los organismos regionales e internacionales incentivan el uso de la tecnología del ADN en las investigaciones penales y son conscientes de la necesidad de equiparar los criterios para realizar los procedimientos pertinentes.

⁶² Lo señala muy bien McClen, D. *International Judicial Assistance*, New York: Clarendon Press., 1992, pp. 125 y ss., cuando pone de relieve que: “El fenómeno de la cooperación judicial es una de las actividades más frenéticas de la cooperación internacional”.

⁶³ Cfr. Pueyo Llosa, J. “Un nuevo modelo de cooperación internacional en material penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”, *Colección Escuela Diplomática*, No. 5, Madrid: Cooperación Jurídica Internacional, 2001, pp. 142, quien se manifiesta de forma pesimista sobre el proceso de cooperación judicial, estableciendo que “Pese a ello hay que reconocer que los resultados alcanzados han sido exigüos, y en todo caso poco operativos, tal como lo demuestra el dramático fenómeno de impunidad que de forma permanente y generalizada ha dominado, y dominó, en el escenario internacional”.

A continuación procederemos a estudiar la efectividad o no del uso de la tecnología del ADN a escala internacional.

3.5.1. El proceso de integración europeo

El primer marco jurídico sobre integración de base de datos de ADN con fines de persecución criminal fue propuesto por el Comité de Ministros en 1992, y no por una institución europea. En la Recomendación 1 (1992) sobre la utilización del análisis del ADN, y dentro del marco de la administración de justicia penal, se establecieron unas pautas destinadas a reglamentar la recolección y almacenamiento de material genético en archivos⁶⁴.

Esta recomendación tomó en consideración el aporte que estas técnicas realizan a la administración de justicia penal. No obstante, los medios de investigación deberían ser utilizados sin vulnerar derechos fundamentales como la dignidad inherente a la persona y el respeto al cuerpo humano, los derechos de defensa y el principio de proporcionalidad.

Así, los Estados pactaron la necesidad de estandarizar los procedimientos de obtener y almacenar perfiles genéticos con la finalidad de poder intercambiar datos, siempre y cuando los laboratorios encargados cumplan con los requisitos de la Recomendación⁶⁵⁻⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. artículo 1.º de la Recomendación 1 (1992) sobre la utilización del análisis de ADN dentro del marco de la administración de justicia penal, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. “El término archivo de ADN se refiere a cualquier recogida organizada de los resultados de las pruebas de análisis de ADN, ya se conserven físicamente, como registros llevados manualmente, ya en una base de datos informatizada”.

⁶⁵ Cfr. el artículo 10.º de la Recomendación 1 (1992): “Los Estados miembros deberán promover la estandarización de los métodos de análisis a escala nacional e internacional [...] esto se

3.5.1.1. Directrices por instituciones de la unión europea

El 9 de junio de 1997 la Comisión Europea dictó la primera directriz por una institución de la Unión, relativa al intercambio de resultados del análisis de ADN⁶⁷. Esta iniciativa fue introducida en el programa de estímulo e intercambio de información, destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (STOP).

La directriz estableció recomendaciones básicas para el intercambio de perfiles genéticos. En primer lugar, invitó a los Estados miembros a considerar la creación de bases de datos nacionales con arreglo a normas comunes y uniformes; en segundo lugar, instó a estructurar los resultados de los análisis mediante técnicas iguales, preferentemente utilizando marcadores del ADN idénticos, con la finalidad de armonizar los sistemas y posibilitar su integración en un futuro; en tercer lugar, delegó en los Estados la potestad de regular las condiciones en que podrían almacenar perfiles genéticos, así como los delitos respecto de los cuales debía procederse a la extracción de muestras biológicas, garantizando la protección de la integridad física y, finalmente, restringió el intercambio de información a los resultados que por comparación puedan mostrar si un individuo figura en un archivo o si se puede establecer una relación entre este y los indicios encontrados en el entorno de un delito.

establece con la finalidad de poder integrar e intercambiar las informaciones suministradas por los laboratorios...”.

⁶⁶ Cfr. artículo 12 de la Recomendación 1 (1992): *Intercambio de información transfronterizo*. “Podrán obtenerse análisis de ADN de un laboratorio o institución establecido en otro país siempre que dicho laboratorio o institución satisfaga todos los requisitos establecidos en la presente Recomendación...”.

⁶⁷ Cfr. la publicación de esta directriz en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, No. C 193 del 24 de junio de 1997, pp. 0002 y 0003.

Adicionalmente, esta recomendación sugirió el estudio de la necesidad de crear una base de datos de perfiles genéticos a escala europea, luego de que se encuentren establecidas las condiciones apropiadas para el intercambio de datos genéticos.

En 1998, la Directriz C26/01 del 3 de noviembre⁶⁸ de la Comisión Europea aprobó las normas aplicables a los ficheros de análisis de datos de la Europol, y estableció las reglas para la recolección, almacenamiento y utilización de datos personales. Uno de esos datos era el perfil genético, únicamente con fines de identificación y sin información que caracterizara la personalidad del ser humano (art. 6.2, lit. c). Además, estableció la duración o plazo límite del mantenimiento de los datos personales en los archivos de la Europol. En este sentido, la institución debía suprimir o destruir la información almacenada de personas que fueran beneficiadas con un descargo judicial, o que no fueran objeto de recurso judicial alguno, y a menos que la conservación de la información fuera necesaria para cualquier otra investigación⁶⁹. Incluso en ese caso, la duración no podía exceder de tres años (art. 7.3).

⁶⁸ Cfr. *Diario oficial de las Comunidades Europeas*, 3 de enero de 1998.

⁶⁹ Cfr. artículo 7.2 del Acta del 3 de noviembre de 1998 (1999/C26/01) “Cuando en una causa penal contra personas contempladas en el apartado 2 del artículo 6 (que incluye ADN [comentario nuestro]) se produzca una fallo inapelable, bien mediante resolución judicial o de otro tipo, y el Estado miembro de la Unión Europea o cualquier otro Estado interesado notifique dicha resolución a la Europol, ésta comprobará si de los datos afectados por la resolución o de alguna otra información puede deducirse que la persona en cuestión no ha cometido los actos o éstos no son constitutivos de delito, o si esta cuestión queda abierta en la motivación de la resolución, los datos afectados por ésta se suprimirán, a menos que haya motivos importantes para suponer que siguen siendo pertinentes para los fines del fichero de datos. En tal caso, a los datos ya recogidos en el fichero se añadirá la información relativa a la resolución judicial. Además dichos datos sólo podrán procesarse y conservarse en la debida observancia del contexto y la declaración de la citada resolución y de los derechos que la misma confiera a la persona afectada”.

En el año 2001 la Directriz de la Comisión Europea relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN⁷⁰ estableció la información genética que podía ser transmitida y las técnicas forenses que debían ser utilizadas en esos procesos. En ese sentido, la Comisión Europea reiteró a los Estados miembros que el análisis de resultados de ADN debía limitarse a las zonas cromosómicas que no revelasen información genética del individuo, principalmente, la hereditaria. La directriz trató de armonizar la transmisión de datos sobre bases científicas y de técnica forense. Ese proceso es uno de los principales escollos para la creación de una base de datos supranacional, principalmente por los distintos métodos utilizados para el almacenamiento de perfiles genéticos en sistemas informáticos.

Los dos últimos convenios que trataron el tema de las Bases de Datos de ADN a nivel Europeo fueron “El Convenio relativo a la profundización transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal”, del 27 de mayo de 2005 (Tratado de Prüm), ratificado en España el 18 de julio de 2006 y el “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, del 25 de octubre de 2007 y ratificado en España el 22 de julio de 2010. Ambos instrumentos produjeron modificaciones legislativas al Código Penal y a la ley de Protección a la infancia y la adolescencia, analizadas anteriormente.

En fin, las directrices analizadas demuestran el interés de la Comunidad Europea por impulsar instrumentos de cooperación en la transmisión de resultados de perfiles genéticos entre sus Estados miembros y por reglamentar el rol que debería jugar en un futuro la Europol. El proceso de intercambio de datos debe ser

⁷⁰ Cfr. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 3 de julio de 2001, C 187/01.

realizado respetando los derechos fundamentales de sus titulares y mediante procedimientos técnicos uniformes por parte de los Estados.

3.5.1.2. Intercambio de datos genéticos en el ámbito europeo continental.

Problemas del proceso

El intercambio de datos no es una novedad entre los Estados miembros de la Unión Europea. Una experiencia específica es la del Sistema de Información Schengen (SIS), el cual almacena los datos personales de nacionales europeos y extranjeros que ingresan por cualquier frontera a un Estado miembro.

El SIS tiene por objeto preservar el orden y la seguridad pública de los Estados miembros, facilitando la cooperación policial y judicial. Los datos insertados en el sistema informático incluyen los nombres y apellidos, los rasgos físicos, el sexo, la nacionalidad, y las propiedades y vehículos que posea en el grupo Schengen. El acceso a consultas en el sistema es permitido a las policías de los Estados miembros, las aduanas y las autoridades responsables de expedir los visados y los permisos de residencia. Un desarrollo importante en estos procesos será la implementación del sistema SIRENE (Supplementary Information Request at the National Entry), el cual permite a las policías de los Estados miembros acceso completo desde sus centrales informáticas al SIS.

No obstante, el grupo multidisciplinario sobre crimen organizado en la Unión consideró⁷¹ que se tiene que promover aún más el intercambio de datos con la

⁷¹ En una comunicación del 16 de junio de 2004 dirigida por la Comisión Europea al Consejo de Europa y al Parlamento Europeo, titulada “Sobre la mejora del acceso a la información por parte de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley”. Para intensificar la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada la Comisión Europea busca mejorar el intercambio de información entre las autoridades represivas de los Estados miembros, y propone establecer una política europea de información destinada a las autoridades encargadas de

finalidad de hacer más eficiente la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. La transmisión de información entre los Estados miembros se ha visto entorpecida por la inexistencia de normas comunes para el tratamiento y accesibilidad a los datos; por la incompatibilidad de la tipificación penal y de las estadísticas sobre delincuencia; por la cultura de cooperación entre las autoridades responsables y entre los protagonistas públicos y privados, y por la sensibilización de las normas de protección.

Tales obstáculos a la transmisión de datos personales pueden ser aplicados a los del ADN. Esto se observa en los problemas de unificación de criterios de tipificación penal que permiten insertar el perfil genético y su duración en el sistema informático; de ese modo, países como Inglaterra y Gales tienen un modelo de almacenamiento de información genética que permite conservar el perfil de un individuo detenido policialmente hasta por un periodo de 3 años renovable, a diferencia de otros países de la Unión Europea, en los que la conservación estatal del perfil se produce con posterioridad a una condena judicial para infracciones de cierta gravedad y por duración determinada, como es el caso de Alemania y Francia.

En ese orden de ideas, “El Convenio relativo a la profundización transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal” es un avance en el intercambio de datos genéticos a nivel Europeo, pues establece reglas claras de cómo deben operar los

garantizar el cumplimiento de la ley, la cual tiene por objeto mejorar los intercambios de información entre las autoridades, fundamentar la aplicación de la ley en la inteligencia, e instaurar un clima de confianza basado en el respeto de los derechos fundamentales. Cfr. [http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=429], consultada el 20 de mayo de 2006.

Estados, y a la vez su compromiso, manifiesto en el artículo 1.º, de insertarlo en el marco jurídico de la Unión.

En las legislaciones de distintos países pueden existir criterios similares para el tratamiento de información genética en una base de datos, y aun en esos casos pueden existir diferencias. En ese sentido, en Dinamarca y Francia el perfil puede almacenarse cuando un individuo es condenado por ciertas infracciones. Sin embargo, en Dinamarca puede conservarse la información genética de los condenados a penas de prisión cuya duración sea de al menos un año⁷², mientras que en Francia el fichero nacional automatizado⁷³, en un principio, solo permitía la conservación de los datos de aquellas personas condenadas por ciertas infracciones consideradas por su ordenamiento jurídico como graves: terrorismo, violaciones sexuales y homicidios dolosos, ampliando posteriormente su cobertura a personas condenadas por delitos de menor gravedad como la estafa.

Otra diferencia puede ser la duración de los datos genéticos en las bases de datos de ADN. Así, en países como Alemania y Bélgica la duración de la información genética es por tiempo limitado, pero existen diferencias en lo que al tiempo se refiere: en Alemania los datos pueden ser conservados por un período que no

⁷² Cfr. Ley 369 del 24 de mayo de 2005, que modifica la ley sobre bases de datos de ADN, contenida en el Código de Procedimiento Penal de Dinamarca.

⁷³ En Francia estos ficheros se encuentran regulados en el Título XX del *Code de Procédure Pénale, du Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques*, artículos 706-54 y ss., en donde se establece que estará controlado por un magistrado, pudiendo almacenar muestras no codificantes de ADN encontradas en la escena del crimen, o de personas condenadas por ciertas categorías de infracciones penales enumeradas en el artículo 706-55.

puede exceder los diez años⁷⁴; por su parte, en Bélgica los datos pueden ser conservados por un periodo de treinta años.

Finalmente, existe una falta de cultura de cooperación que se manifiesta en el discurso político de seguridad de los Estados miembros. Los países europeos incentivan la creación de bases de datos nacionales, tocando muy poco el tema relativo a un sistema informático a escala europea para almacenar perfiles de ADN. La razón principal es la aplicación de las políticas públicas en el ámbito nacional y los resultados concretos que se obtienen con esta técnica. Ello no ha sucedido a escala internacional⁷⁵.

3.5.2. El proceso de integración en Estados Unidos⁷⁶. El CODIS

En Estados Unidos el proceso de integración de las bases de datos de perfiles genéticos se inició en el año 1990, cuando fue elaborado un proyecto piloto que permitía intercambiar información a catorce laboratorios a escala local y estatal, pero sin legislación que regulara expresamente la situación⁷⁷. En 1994, la *DNA*

⁷⁴ Cfr. Ley de julio de 1997, relativa a la Oficina Federal Criminal y la relación entre los Länders y el Estado Federal en los asuntos de policía criminal; en virtud de esta ley la oficina federal revisa caso por caso a fin de comprobar si los datos tienen que ser rectificadas o suprimidos, pero, en virtud del reglamento interno, en ningún caso puede durar la conservación un período de más de diez años.

⁷⁵ Cfr. Williams R. y Johnson, P. "Forensic DNA Databasing: A European Perspective. Interim Report 2005", Universidad de Durham, Reino Unido, p. 107. Disponible en [www.dur.ac.uk/p.j.johnson], consultada el 20 de mayo de 2015, citan el caso del Reino Unido y realizan un análisis de ese argumento, estableciendo que esta técnica ha sido utilizada exitosamente en las investigaciones de un volumen considerable de crímenes, especialmente robos en moradas y de vehículos.

⁷⁶ Las informaciones expresadas en este punto pueden ser encontradas en su gran mayoría en la página del Federal Bureau Investigation Office (FBI), [www.fbi.gov], consultada 30 de septiembre de 2015

Identification Act, contenida en la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*, autorizó al *Federal Bureau of Investigation* (conocido por sus siglas FBI) a crear una base de datos de perfiles de ADN en el ámbito federal. A este sistema informático se le denominó CODIS (*Combined DNA Index System*). No obstante, el CODIS inició sus operaciones en 1998⁷⁸.

La *DNA Identification Act* autorizó al gobierno federal de los Estados y los locales a intercambiar electrónicamente perfiles genéticos. Los Estados podían adherirse voluntariamente al CODIS, interconectando su base de datos con la del FBI⁷⁹. Esta institución proveía a las agencias locales o estatales un software con instalación, entrenamiento y soporte gratuito. Esta legislación establecía que tales agencias operarían sus sistemas informáticos de conformidad con sus legislaciones autorizando el uso del CODIS en tres niveles: a escala local los laboratorios de los departamentos de policía utilizarían el Sistema Local de Índices de ADN (LDIS por sus siglas en inglés) introduciendo los perfiles genéticos que autorizaban sus legislaciones estatales; a escala estatal, los Estados modificarían sus legislaciones para permitir el intercambio de datos con el sistema federal; por su parte, el gobierno federal crearía un índice del sistema estatal de ADN con la finalidad de permitir que los laboratorios intercambiaran información entre sí; por último, a

⁷⁷ Cfr. un análisis sobre los beneficios y problemas que presentaba la creación de una base de datos de perfiles genéticos a escala nacional en Estados Unidos en Longobardi, J. “DNA Fingerprinting and the Need for a National Data Base”, *Fordham Urb. L. J.*, Vol. XVII, 1988-1989, pp. 351 y ss.

⁷⁸ En la actualidad los cincuenta Estados de la federación norteamericana se encuentran conectados a este sistema informático, más Puerto Rico y las bases de datos militares.

⁷⁹ El CODIS fue iniciado con la interconexión de ocho Estados de la federación, entre ellos, California, Florida, Illinois, Minnesota, Carolina del Norte, Oregon, Utah y Virginia. Cfr. Hibbert, M. “DNA Databanks: Law Enforcements Greatest Surveillance Tool?”, *Wake Forest L. R.*, Vol. 77, 1999, p. 775.

escala federal el CODIS, con los datos suministrados por los Estados, permitiría intercambiar información en los tres niveles.

En el CODIS podían ser almacenados, en esta primera etapa, los perfiles genéticos extraídos de muestras biológicas pertenecientes a: 1. Individuos condenados por cualquier infracción penal; 2. Restos biológicos tomados en la escena del crimen; 3. Cadáveres no identificados, y 4. Muestras entregadas voluntariamente por familiares de desaparecidos. En 1998, una interpretación realizada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos determinó que la *DNA Identification Act* no autorizaba al FBI a tomar directamente muestras biológicas, lo cual motivo que fuera modificada en el año 2000. De este modo, la *DNA Analysis Backlog Elimination Act* autorizó al FBI a tomar muestras biológicas y a almacenar el perfil genético de⁸⁰: 1. Los condenados por una infracción federal o militar cualificada; 2. Los individuos en libertad bajo palabra (parole), y 3. Las personas que tuviesen el perfil genético en el sistema. El último proceso de ampliación en la clasificación para la toma de muestras biológicas fue realizado en el año 2004. El *Justice for All Act of 2004* autorizó al FBI a tomar muestras de las personas que fueran detenidas.

El sistema procesa pistas de investigación utilizando dos índices de comparación: el forense y el de los infractores⁸¹. El primero corresponde a escenas de crímenes

⁸⁰ Un análisis completo sobre la *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000*, se encuentra en el informe presentado al Comité de Justicia del Senado Norteamericano del 26 de septiembre de 2000; cfr. McCollum, numerado 106-900(I). Disponible en [<https://www.congress.gov/bill/106th-congress./house-bill/4640>], consultada 29 de noviembre de 2015.

⁸¹ En este punto es importante resaltar que, debido a los procesos de expansión de las bases de datos comentados en este capítulo, actualmente son almacenados perfiles genéticos de detenidos por la policía, no obstante no sean sometidos a la acción de la justicia.

en que no se tiene identificado el titular del perfil; el segundo está conformado por los perfiles de individuos determinados. Si el sistema detecta potencialmente dos perfiles que coinciden, el laboratorio responsable contacta al laboratorio con que coincide la información, trabajando conjuntamente para validar o refutar la detección. Si la coincidencia es definitiva, los laboratorios encargados intercambian información adicional como, por ejemplo, detalles de casos pasados, en caso de que la coincidencia sea en el índice forense. Por su parte, si la coincidencia validada es en el otro índice, intercambian el domicilio e identidad de su titular. El CODIS ha demostrado ser un instrumento de persecución criminal eficiente: hasta junio de 2015 el CODIS fue utilizado exitosamente en 296,490 cruces de datos en más de 282.175 investigaciones⁸².

En fin, en Estados Unidos han equiparado los criterios para intercambiar datos tanto técnicos como jurídicos. En la parte técnica han incentivado a los Estados con subsidios económicos para la utilización uniforme de las tecnologías de análisis de ADN, con estándares de calidad y con criterios informáticos de identificación unificados. En el ámbito legislativo, los Estados han modificado sus ordenamientos jurídicos para permitir el intercambio de datos almacenados en esos sistemas informáticos con los datos acopiados en el CODIS.

3.5.3. Sistema supranacional de base de datos de perfiles de ADN: el rol de la INTERPOL

La tendencia de cooperación policial internacional se ha incrementado luego de los actos terroristas realizados en las ciudades de Nueva York y Madrid. El terrorismo, el narcotráfico, la trata de seres humanos y el lavado de activos están siendo combatidos en el ámbito internacional. Sin embargo, la cooperación en el entorno

⁸² Cfr. [<http://www.fbi.gov/hq/lab/codis/national.htm>], consultada el 30 de noviembre de 2015.

policial es anterior a estos acontecimientos. En ese sentido, la Organización Internacional de la Policía Criminal (mejor conocida como la INTERPOL, por sus siglas en inglés) ha jugado un rol activo en la coordinación de los programas de prevención y persecución de delincuentes internacionales⁸³. Uno de los programas coordinados por esta institución consiste en crear una base de datos de ADN que integre los sistemas informáticos de los Estados que posean esta herramienta.

A partir de 1998 la INTERPOL determinó como una prioridad el establecimiento y armonización de las bases de datos de perfiles de ADN de sus países miembros. Así, en ese año fue dictada la resolución No. AGN/67/RES/8 que prescribía, en resumen, los siguientes puntos:

- a. El informe final del grupo de trabajo de perfiles de ADN, INTERPOL-EUROPA se asumía como base de un proyecto de armonización del uso de la técnica del ADN a escala mundial.
- b. Las bases de datos de ADN de infractores a las leyes penales y de las muestras encontradas en la escena del crimen deberían ser creadas integralmente dentro de los límites legislativos, nacionales e internacionales.
- c. Las instituciones encargadas de las cadenas de custodia de las evidencias deberían implementar un sistema de control de calidad acreditado por una institución nacional.

⁸³ En el informe del año 2001, página 1, el Secretario General Ronald K. Noble señaló que “Los atentados del 11 de septiembre pusieron de manifiesto la insuficiente dotación de fondos de la INTERPOL, la única institución del planeta dedicada a la aplicación de la ley de carácter mundial”. Informe del trabajo de la INTERPOL 2001. Cfr. [<http://www.interpol.int/>]. Última visita 30 de noviembre de 2015.

d. La INTERPOL se comprometía a instituir una conferencia internacional⁸⁴ para grupos que trabajaran con la tecnología del ADN.

El informe final del grupo de trabajo de perfiles de ADN INTERPOL-EUROPA realizó varias recomendaciones, las cuales pueden dividirse en los aspectos técnicos⁸⁵ de toma de muestras de ADN y la creación de base de datos a escala internacional⁸⁶. A ese informe se le denominó posteriormente “Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de los datos relativos al ADN”⁸⁷.

En lo referente a los aspectos técnicos, este informe reitera, principalmente, que el ADN solo puede ser extraído de la parte no codificante y que el tamaño del vestigio biológico encontrado en el entorno del delito no importa. Los policías deberán tomar en consideración que la investigación realizada en el lugar en que fue cometida la infracción penal es una fase esencial, por aportar pruebas que conducen, generalmente, al autor del delito. En el campo específico del ADN se deberá evitar la contaminación de la prueba, por lo que las muestras biológicas

⁸⁴ Esta conferencia internacional se celebra cada dos años con la finalidad de introducir los mejores modelos de práctica en los Estados miembros, y analizar las aplicaciones contemporáneas del uso del ADN en las investigaciones criminales; para más información cfr. [<http://www.interpol.int/>], consultada el 20 de abril de 2015.

⁸⁵ Los aspectos técnicos serán tratados en lo referente a los puntos esenciales, por no constituir el objeto del presente estudio.

⁸⁶ Esta división de los puntos importantes del informe se realizó atendiendo al objeto de estudio del presente trabajo. Para más información cfr. [<http://www.interpol.int/>], consultada el 20 de abril de 2020 donde se puede encontrar el manual.

⁸⁷ Las informaciones que se detallan a continuación proceden del “Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN”. Disponible en [<http://www.interpol.int/>], consultada el 20 de abril de 2020 donde se puede encontrar el manual.

deben ser recogidas con todas las precauciones debidas⁸⁸ y con una cadena de custodia exhaustiva desde que son obtenidas hasta su llegada al Tribunal.

Adicionalmente, el manual establece los puntos sobre los que debe ser creada una base de datos a escala internacional. Los perfiles genéticos que pueden ser introducidos en esta plataforma informática son aquellos pertenecientes a individuos identificados y no identificados recogidos del entorno del delito. Para incorporar los datos, los países deben insertar los perfiles conservados en su base de datos. En el sistema pueden ser realizadas cuatro consultas diferentes: dubitados entre sí; indubitados entre sí; dubitado con indubitado, e indubitado con dubitado.

Además, los Estados podrán insertar en el sistema los datos genéticos de delincuentes conocidos a escala internacional, o los obtenidos en escenas de crímenes que las autoridades locales tengan la sospecha de que fueron cometidos por un extranjero. Los Estados son los propietarios de la información que inserten en el sistema, pudiendo gestionar los datos por las oficinas locales de la agencia internacional, y la información puede ser mantenida en el sistema siempre y cuando se cumplan los estándares técnicos de la INTERPOL. Automáticamente, cuando un perfil sea insertado en el sistema se realizará una comparación con los que ya se encuentran almacenados. De coincidir la búsqueda, se informará inmediatamente al Estado interesado, notificando que INTERPOL no garantiza la calidad de la muestra, por lo que debe comunicarse con el Estado miembro que otorgó la misma.

⁸⁸ En una conferencia magistral inédita del coordinador del Proyecto Inocente, celebrada en la ciudad de Barcelona en el mes de junio de 2005, en el Ilustre Colegio de Abogados, el doctor Barry Shreck, también abogado del caso O. J. Simpson, señaló que a partir de este caso se implantó en los Estados Unidos una regla que indica que para cada prueba recogida en la escena del crimen se utilice un nuevo guante.

El acceso a la base de datos de perfiles genéticos de la INTERPOL será acordado por los Estados miembros de conformidad con su legislación nacional, principalmente, con las leyes sobre protección de datos. Los Estados que cedan los perfiles serán los encargados de su eliminación o supresión posterior.

La base de datos informatizada de INTERPOL sobre ADN fue creada en 2002 con un único perfil genético y a 2014 contenía más de 150 aportados por países miembros. Para ese año, los países miembros obtuvieron 77 resultados positivos a escala internacional⁸⁹. En 2004 se logró la primera búsqueda exitosa en el sistema⁹⁰ y a la fecha se han producido pocos avances en esta materia en la INTERPOL, lo que nos hace cuestionar la necesidad de un sistema informático de estas características, aun tomando en consideración que no tienen un costo de análisis de ADN y creación de perfiles genéticos, por ser realizado este proceso por los Estados.

En fin, la INTERPOL solo ha establecido una plataforma informática a escala internacional en la que los Estados miembros intercambian datos de conformidad con sus legislaciones nacionales. La toma, almacenamiento y conservación de los perfiles genéticos extraídos de las muestras biológicas de infractores, o encontradas en el entorno del delito, son regulados en el ámbito nacional. Por los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados en estas transferencias, la transmisión y manejo de los datos debe ser realizada respetando los tratados internacionales o regionales, y las legislaciones nacionales. Finalmente, los Estados solo pueden

⁸⁹ Fuente COM/FS/2015-02/FS-01 de la INTERPOL. Disponible en [www.interpol.int/es/especialidades/policiencientifica/ADN], consultada el 30 de agosto de 2015.

⁹⁰ En el año 2004, fue realizada la primera búsqueda exitosa entre una muestra suministrada por Croacia y una tomada en la escena del crimen en Eslovenia, estos países son fronterizos, extraído del “Informe de actividades del año 2004 de la INTERPOL”.

transferir perfiles genéticos que pertenezcan a delincuentes reconocidos a escala mundial, o cuando se tenga la sospecha de que un extranjero fue quien cometió la infracción penal.

4. Conclusiones

1. Las características identificadoras y discriminatorias del ADN convierten este medio de prueba en una herramienta eficaz en el esclarecimiento y prevención de los delitos, lo cual ha propiciado el almacenamiento de información genética por parte de los Estados para ser utilizados en las investigaciones de las infracciones penales. Pese a los valiosos aportes de estos sistemas informáticos en el descubrimiento de responsables, es importante resaltar las posibles vulneraciones de derechos fundamentales que pueden ocurrir con su uso, pues de un vestigio biológico pueden extraerse restos codificantes del ADN que revelan información confidencial y no necesaria para identificar a un individuo.

2. En un principio estos sistemas informáticos eran utilizados para almacenar el perfil genético de individuos condenados por infracciones graves; sin embargo, el proceso expansivo ha tenido su impacto en la conservación estatal de información genética estableciendo algunas legislaciones que pueden ser conservados los perfiles genéticos de personas que hayan sido detenidas y no se les hayan formulado cargos judiciales. El fenómeno ha reinterpretado en el sistema jurídico penal el concepto de garantías constitucionales, y en el ámbito del almacenamiento de datos genéticos ha propiciado la ampliación de posibilidades para insertar más perfiles en las bases de datos sin tener en cuenta la intromisión en los derechos fundamentales y las libertades individuales.

3. En este orden de ideas, en Estados Unidos se han promulgado legislaciones que permiten almacenar la información genética de individuos condenados con

anterioridad a su entrada en vigencia, realizando una aplicación retroactiva de la legislación penal. Además, en países como los Estados Unidos y España es permitido conservar el perfil genético de individuos detenidos por la policía, no obstante no formularse cargos en su contra.

4. Finalmente, las agencias policiales encargadas de investigar las infracciones penales a escala regional e internacional han realizado esfuerzos para construir una plataforma informática que permita intercambiar datos genéticos entre los Estados. En la práctica las bases de datos internacionales han sido poco eficientes en el esclarecimiento del delito. Ello nos hace pensar en la utilidad o no de las mismas, principalmente, porque el impacto de la delincuencia ocurre en el ámbito nacional⁹¹. Sin embargo, habrá que analizar en los próximos años los efectos del Convenio de Prüm, que apenas entró en vigencia en España en la última reforma del Código Penal del año 2015.

⁹¹ Cfr. una opinión parecida en Allison, P. “An International DNA Database: Balancing Hope, Privacy, and Scientific Error”, *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 24, 2000-2001, pp. 35 y ss., quien establece que “estos sistemas son útiles en el ámbito nacional y poco rentables a escala mundial”.

Capítulo II
El ADN y el proceso penal
La recolección y análisis jurídico del material genético

Capítulo II

El ADN y el proceso penal

La recolección y análisis jurídico del material genético

“Un holandés lleva 11 años en la cárcel por un delito que presuntamente no cometió. Romano Van der Dussen lleva en prisión 11 años y podría ser inocente del delito que se le imputa. Su historia es la siguiente. En 2003 en Fuengirola, tres mujeres fueron violadas y golpeadas brutalmente y sin piedad. El holandés fue detenido por estos delitos porque dos de las víctimas lo reconocieron, aun así, su abogado Silverio García asegura que las declaraciones y descripciones eran contradictorias. Su ADN tampoco coincidía con el que encontraron en las agredidas y aun así Romano ingresó en prisión. Pero hace 7 años cambió el destino del holandés. Marc Phillip Dixie ingresaba en prisión en Reino Unido condenado a cadena perpetua por apalear, agredir sexualmente y matar a la modelo y cantante Sally Anne Bowman. El ADN del inglés entraba en la base europea de material genético, la policía española cruzó datos y sorpresa: el ADN de las víctimas de Fuengirola era el de Dixie no el del holandés y además Dixie vivía en esa época en Fuengirola. Romano lleva 11 años en la cárcel. Ya han pasado siete desde que se descubrieron las pruebas que lo exculpan, pero el holandés no ha pisado la calle todavía. Errores de forma judiciales y un proceso muy lento retrasan su salida”.⁹²

La noticia publicada en el diario *ABC* expresa los efectos negativos que puede evitar el uso y recolección adecuada de una prueba genética a personas sometidas injustamente a procesos penales. Esta prueba ha demostrado ser eficiente en la identificación de posibles delincuentes. Además, si se utiliza o realiza de manera adecuada puede cooperar a resolver errores judiciales que afectan directamente los derechos fundamentales de personas sancionadas erróneamente en el sistema de justicia penal. Así, al realizar una prueba de ADN en el seno de una investigación

⁹² *ABC*, 15 de septiembre del año 2014. Disponible en [<http://www.abc.es/videospana/20140915/holandes-lleva-anos-carcel-3785388837001.html>], consultada el 1.º de septiembre de 2015.

judicial es necesario ponderar el interés del Estado en esclarecer delitos, y el de sus ciudadanos en que les sean respetadas sus garantías individuales, en especial, la presunción de inocencia⁹³.

En ese orden de ideas, la legislación procesal se constituye en un ente de equilibrio⁹⁴ que limita las posibles actuaciones abusivas del Estado, y establece los mecanismos necesarios para proteger los derechos de sus ciudadanos con la finalidad de respetar el principio de legalidad, restringiéndolos únicamente cuando sea estrictamente necesario en aras del esclarecimiento del delito y, preferiblemente, con autorizaciones judiciales como es el caso de la prueba genética.

En el presente capítulo se analizan los aspectos procesales para la práctica de las pruebas del ADN, es decir, sus límites, y los requisitos materiales de la investigación penal que impiden la vulneración injustificada de los derechos fundamentales al momento en que sea necesaria su realización en una investigación de índole penal.

⁹³ Crítico al respecto, Herzog, Félix, “Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, ed. esp., Frankfurt: Instituto de Ciencias Criminales, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000, p. 46, “La pretensión totalitaria de esclarecer el delito encierra el peligro de degenerar en una lucha totalitaria contra el delito”.

⁹⁴ Al respecto Gimeno Sendra, Vicente; Moreno, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., Madrid: Colex, 1999, pp. 45 y 46, consideran que “... en un Estado Social de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del *ius puniendi*, y ello, por la sencilla razón de que también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente. El proceso penal se erige, pues, en un instrumento neutro de la jurisdicción, cuya finalidad consiste tanto en aplicar dicho *ius puniendi* (y de ahí el carácter instrumental del proceso penal con respecto al derecho penal), como en declarar, e incluso a restablecer puntualmente, a través del *habeas corpus*, el derecho a la libertad...”.

1. Los análisis de ADN en un Estado de Derecho: límites en su uso

En un Estado de derecho, los ciudadanos tienen derecho a un debido proceso de ley en caso de ser sometidos a la acción de la justicia y todas las actuaciones de sus representantes deben ser acordes a dicha garantía. Es este un principio acogido por la mayoría de las Constituciones de países occidentales y, en términos similares, por Convenciones Internacionales sobre derechos humanos. En lo que concierne al ADN, y como veremos, esta garantía debe tener un alto estándar de cauciones jurisdiccionales para su realización y posterior uso en los tribunales penales debido a la información genética que podría obtenerse de una simple frotis bucal.

La garantía del debido proceso obliga al aparato coercitivo del Estado a someterse no solo al imperio de la ley, sino también a definir procedimientos claros que garanticen el ejercicio del derecho de defensa y respeten la presunción de inocencia de cada persona sometida a un proceso penal⁹⁵. Ello quiere decir que no se trata únicamente de la celebración de un juicio con todas las garantías, sino también que ese juicio debe tener, previo a su realización, claramente definidos los procesos, entre los que encontramos la etapa de investigación y, obviamente, en la misma la recolección de las pruebas, y entre éstas, las relativas al ADN.

El respeto por el derecho a la libertad y La presunción de inocencia supone que en caso de ser necesaria la limitación a derechos fundamentales mediante procedimientos de recolección de pruebas es preciso realizarlas con todas las

⁹⁵ En este mismo orden de ideas, Córdón Moreno, F. *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, Aranzadi, 1999, pp. 172 y 173, quien cita la Sentencia del 3 de octubre de 1998 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español: “El derecho a un juicio con todas las garantías supone el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades que permitan a la parte acusada la posibilidad de establecer su defensa en condiciones de igualdad de armas con la acusación. Asimismo exige que el órgano mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y las defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a debate contradictorio no sólo sus tesis, sino, lo que es más importante, sus pretensiones probatorias”.

garantías de lugar⁹⁶, lo cual no impide la persecución penal, sino que, por el contrario, evita que las diligencias de investigación sean declaradas nulas posteriormente por no haber sido realizadas acorde con los procedimientos judiciales establecidos. Las garantías revisten a la persecución penal de mecanismos que evitan la arbitrariedad y los juicios sin procedimientos justos, legitimando al Estado en el uso del *ius puniendi*⁹⁷.

En el caso específico de la prueba del ADN, es necesario definir la forma en que se realizará y hará valer en un proceso penal de corte garantista en el que se respeten los derechos fundamentales. Ferrajoli ha denominado este tipo de proceso como cognoscitivo garantista⁹⁸. Así, la buena utilización y recolección de la prueba

⁹⁶ Lo pone de relieve, Moreno Catena, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en Gómez Colomer, Juan Luis (coord.) *Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 55: “Es cierto que la averiguación de los hechos delictivos representa una actividad que encierra un interés público digno de protección en el Estado de Derecho, porque es un elemento esencial para el castigo de los delitos. Pero también es cierto que no se puede obtener la verdad de lo sucedido a cualquier precio, y no son admisibles cualesquiera diligencias dirigidas al descubrimiento de los hechos, pues el funcionamiento del aparato represor se legitima precisamente a través del respeto y cumplimiento de la ley, y ésta tiene que amparar, por encima de todo, los derechos fundamentales; por tal motivo, las intromisiones en este ámbito sólo podrán realizarse con las debidas garantías”.

⁹⁷ En efecto, un proceso penal sin respeto a derechos fundamentales perdería su legitimidad. Bien lo afirma. Wolter, Jürgen, “Dignidad humana y libertad en el proceso penal”, en Ambos Kai y Montealegre Lynett, “Constitución y sistema acusatorio, un estudio de derecho Comparado”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, “Si no se tomaran en consideración los derechos fundamentales, así como la conservación de los artículos 1.º I y 79 GG, que son inviolables e inmutables, el afectado se convertiría en objeto del proceso. Se le transmitiría la sensación de que es entregado. El proceso penal dejaría de estar en condiciones de imponer de modo creíble las normas de comportamiento jurídico-penales. El proceso penal perdería su dignidad, su cultura jurídica y su legitimidad”.

⁹⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, p. 93, establece: “Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal (Sistema de Garantías) que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo

genética encuentra sus límites en su misma esencia, es decir, en la verdad procesal⁹⁹ demostrada mediante su recolección y posterior valoración por las autoridades judiciales competentes, con el debido respeto por los derechos fundamentales.

En un Estado de derecho se tendrá que velar por que la recolección de las muestras biológicas para la extracción de material genético se realice acorde con el principio de legalidad procesal, y a la vez con autorización judicial, como una materialización de estas garantías¹⁰⁰ si se trata de personas identificadas, a menos que consientan voluntariamente en las mismas o, en todo caso, en la presencia de un abogado. Por otro lado, si se trata de vestigios biológicos recogidos de la escena del crimen respetando la cadena de custodia, y, en fin, todas las reglas del debido proceso

tendencial y nunca perfectamente satisfacible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: A1. *Nulla poena sine crimine*. A2. *Nullum crimen sine lege*. A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, A4. *Nulla necessitas sine iniuria*. A5. *Nulla iniuria sine actione*. A6. *Nulla actio sine culpa*. A7. *Nulla culpa sine iudicio*. A8. *Nullum iudicium sine accusatione*. A9. *Nulla accusatio sine probatione*. A10. *Nulla probatio sine defensione*".

⁹⁹ Cfr. Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal. El derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 120, presenta esta situación como una antinomia entre la búsqueda de la verdad y la protección del individuo: "Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad, y por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales. A este respecto, el Derecho Procesal Penal alemán muestra una constante lucha entre estas pretensiones contrapuestas".

¹⁰⁰ De manera clara lo expresa Ibáñez, Perfecto Andrés, *Justicia Penal. Derechos y garantías*, Lima y Bogotá, Palestra-Temis, 2007, pp. 110-111: "La garantía judicial es necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, pero no se integra estructuralmente en éstos, sino que constituye respecto de ellos un dispositivo externo, que el legislador está obligado a prever, una vez que los mismos existen como tales".

2. ADN. La verdad del proceso penal como límite

Una de las características esenciales del proceso penal garantista es la búsqueda de una verdad empíricamente más controlada y controlable mediante las pruebas¹⁰¹, entre las que encontramos la prueba genética que, como analizaremos, es autónoma en relación con las intervenciones corporales y las pericias científicas al tener el proceso penal unos fines esenciales de reconstrucción de una verdad procesal controlable mediante las pruebas estas solo tienen que tener una vinculación con los hechos a juzgar y no ajenas a los mismos. De donde el ADN no codificante es el único que puede ser utilizado para estos fines, es decir, el que no ofrece más información que la necesaria para la identificación o discriminación de una persona investigada o acusada de la comisión de un delito.

La verdad procesal, como finalidad a dilucidar en un proceso penal, se erige en uno de sus límites fundamentales, pues, como decíamos al inicio de esta sección, la dinámica procesal impone una mayor regulación para evitar posibles vulneraciones a los derechos fundamentales y legitimar el resultado del proceso. Esta verdad no es ideológica ni omnicomprensiva, sino que está circunscrita al objeto de debate y, por ende, siempre será una verdad opinable, pues, durante el proceso, a través de las proposiciones fácticas que se discuten en el plenario, solo se reconstruyen la verdad y la historia de los hechos por medio de las pruebas. Esta situación evitaría que la información genética sea utilizada para otras situaciones distintas al proceso

¹⁰¹ Lo pone de relieve, Montero Aroca, Juan, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal”, en Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 55: “No puede admitirse de modo incondicionado que por medio del verdadero proceso (es, decir, del juicio oral) y de la prueba que se practica en el mismo se persiga la verdad material u objetiva; mucho más modestamente lo que se persigue es la certeza que se alcanzará conforme a lo que puede esperarse razonablemente de un sistema que se basa en la existencia de de dos partes parciales y de un tercero imparcial”.

penal y, principalmente, la prohibición deontológica de extraer ADN codificante que ofrece más información que la necesaria a los fines del proceso penal.

En ese sentido, en caso de que exista una duda razonable en la extracción del perfil genético, o violaciones a los derechos fundamentales del individuo en su realización, el tribunal apoderado de evaluar la misma debería inclinarse hacia una absolución de la persona investigada o procesada. Es esta una de las características principales en un proceso penal de corte garantista: la verdad procesal elimina muchas arbitrariedades pues en su construcción se emplean procedimientos lícitos delineados para los procedimientos probatorios, legitimando el proceso y, de comprobarse la culpabilidad¹⁰², haciendo transparente la imposición de sanciones.

La prueba del ADN sirve para la proposición fáctica a debatir en el juicio oral pero no así para la jurídica, pues determina únicamente que la persona imputada estuvo en el lugar de los hechos; además, su regulación en otros países ha sido estricta en ese sentido: la prueba del ADN solo permite verificar la *questio factis* del caso, aportando al proceso una individualización primaria de la persona que está siendo imputada por el aparato coercitivo.

¹⁰² Así, Ferrajoli considera que: “La verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes, no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética –verdad sustancial–: en el cuádruple sentido de que se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, de que esta corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, de que es siempre una verdad solamente probable y opinable, y de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias”. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 45.

Así, la verdad que se busca en el proceso penal constituye un límite al mal uso que se les pueda dar a las pruebas genéticas, en tanto únicamente pueden ser realizadas extracciones de ADN no codificante de vestigios biológicos con la finalidad de identificar a un presunto delincuente, pero no para cualquier uso externo al proceso penal¹⁰³, es decir, queda restringida al esclarecimiento de los hechos punibles como manifestamos anteriormente.

Este principio se impone también para el uso que el Estado quiera dar a la información genética fuera del ámbito procesal, pues vulnerar esta realidad sería desconocer las reglas del Estado de Derecho. De ahí que la utilización de la información genética en asuntos no relacionados con un proceso penal (esclarecimiento de la verdad) sería nula de pleno derecho, y causa de posibles sanciones en contra del Estado, el cual pasaría de ser garante de derechos fundamentales a persecutor implacable y sin límites.

En fin, la información que puede suministrar la parte codificante del ADN atenta contra la vida privada del propietario de la muestra biológica, pero también contra la de su familia, pues la información genética contempla tanto la ascendencia como la descendencia y, en definitiva, no es importante para el esclarecimiento de la verdad en un juicio penal, motivo por el cual es preciso delimitar su uso en el seno

¹⁰³ En ese sentido se pronunció la Suprema Corte del Estado de California en los Estados Unidos, en el caso *Alfaro vs. Terhune*, 98 Cal. App. 4th 492, 120 Cal. Rptr. 2d 197 (3d Dist. 2002), estableciendo que: La extensión de la medida está limitada por la referencia a restricciones expresas en el uso para el que las muestras son tomadas, y el interés del gobierno está restringido a esos usos. La Corte señala que ninguna Corte se puede pronunciar en el sentido de que el gobierno no pueda extraer y analizar muestras sin referencias al uso específico para el que fueron tomadas, y ahí está la limitación (“The extent of the intrusion is measured by reference to express. limitations on the uses to which the specimens and samples may be put, and the governmental interests are ass.ess.ed with respect to those specific uses. The court noted that no court has held that the government can extract and analyze specimens and samples without reference to the specific uses, and limitations thereon, to which the specimens and samples may be put”).

del proceso penal, así como circunscribir sus posteriores usos (p. ej., el almacenamiento en una base de datos), con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los propietarios de las muestras biológicas de los cuales se obtiene la información genética.

3. Naturaleza jurídica de los análisis del ADN, la cadena de custodia y la autonomía de la prueba genética

La prueba del ADN reviste grandes retos para los estudiosos de la teoría de la prueba en el proceso penal, en especial por los derechos fundamentales implicados al realizar el análisis de una muestra biológica para la extracción del perfil genético, y su posterior uso en un proceso. También por las características propias de una prueba que a todas luces resulta compleja y en la que se entremezclan conocimientos de las ciencias genéticas, las tecnologías de la información y las ciencias jurídicas.

En la presente sección analizaremos la naturaleza jurídica del ADN como prueba a utilizar en un proceso penal; sin embargo, para una mejor comprensión de dicha naturaleza es necesario realizar una clasificación de los procesos de recolección de las muestras biológicas para la posterior extracción del perfil genético. En ese orden de ideas, al momento de practicar la prueba genética el ADN puede ser extraído de dos fuentes diferentes: 1. De una muestra biológica tomada directamente de un ser humano, y 2. De un vestigio biológico encontrado en la escena del crimen.

3.1. Naturaleza jurídica procesal del análisis del ADN cuando la muestra biológica para la extracción del perfil genético es tomada del cuerpo de un ser humano. Procedimientos híbridos

La prueba genética realizada a un ser humano en el marco de una investigación criminal está ubicada sistemáticamente en un campo intermedio entre las diligencias de la investigación corporal y las pericias¹⁰⁴. En una primera fase las autoridades judiciales deben tomar una muestra biológica del presunto infractor, mientras que en la segunda el elemento externo o interno del cuerpo es examinado en un laboratorio forense. Por lo tanto, la estructura procesal de esta prueba es híbrida y compleja. Además, para su realización son necesarias dos etapas: primero la diligencia de intervención corporal para la toma de la muestra biológica y, posteriormente, el análisis del ADN en sí para la extracción del perfil genético.

De forma que estamos ante una prueba netamente científica a la que la ciencia jurídica cada vez presta mayor atención, pues las autoridades judiciales o policiales encargadas de la investigación según su legislación interna deben realizarla con altos grados de precisión desde el momento mismo de la toma hasta su envío al laboratorio, teniendo en cuenta los pasos de la Cadena de Custodia. Una vez realizada la prueba, el tribunal que resulte apoderado tendrá que valorarla con carácter científico, principalmente porque el porcentaje de discriminación del individuo sobre el que se toma la muestra biológica llega hasta el 99,99 % de exactitud en relación con los otros miembros de la sociedad.

¹⁰⁴ En términos similares Etxeberría, J., *Los análisis del ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 14-27, quien establece que esta prueba es pericial con matices, pero fundamentalmente restrictiva de derechos fundamentales, recomendando su práctica anticipada con garantía de los derechos de defensa y contradicción.

Estamos, pues, ante juicios científicos que permiten valorar los hechos; sin embargo, no se debe olvidar, como ya se ha especificado, que durante el proceso la prueba del ADN solo tiene relación con la identificación o discriminación del imputado, es decir, en razón de la teoría de los hechos, en su aspecto característico de individualización. Su exactitud y características verifican su grado de certeza, sin embargo, y como veremos al analizar el manejo de este tipo de pruebas, no puede ser utilizada aisladamente sino que debe hacerse de manera conjunta con otras pruebas debido a su naturaleza indiciaria.

En la investigación criminal moderna son cada día más útiles estos tipos de pruebas con carácter científico, pues el juez debe realizar una valoración de la prueba, de conformidad con la interpretación que haga de los hechos examinados en el juicio. A estos fines, no le es exigible a un juez que utilice o analice pruebas científicas con conocimientos especiales, sino que utilice esquemas racionales que le permitan en su decisión explicar por qué otorgó determinado valor a las pruebas científicas, en este caso el perfil genético extraído de una muestra biológica¹⁰⁵, en relación con las otras pruebas aportadas al plenario. A continuación procedemos a analizar las dos fases previstas para la realización de la prueba del ADN en un proceso penal.

3.1.1. Diligencias de investigación corporales y el ADN

El cuerpo humano puede ser objeto de una diligencia de investigación procesal. Esto acontece cuando es necesario hacer una indagación que aporte elementos de

¹⁰⁵ En este mismo sentido, cfr. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2.^a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 334, quien establece que: “Debe observarse, por otra parte, que el Juez no tiene la necesidad de poseer todas las nociones y las técnicas que necesita el científico para producir la prueba, sino que le basta, más bien, con disponer de los esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica a los efectos de la determinación del hecho”.

pruebas en el esclarecimiento de un delito. En la doctrina procesal penal las diligencias pueden consistir en el registro de una parte del cuerpo, o en la extracción de elementos internos o externos de este. De ahí que la dogmática procesal diferencie estas muestras en registros e intervenciones corporales¹⁰⁶.

Los registros, también llamados inspecciones, consisten en la revisión de una parte del cuerpo por una autoridad policial o judicial. Así, por ejemplo, los cacheos periféricos del contorno y de las cavidades naturales del cuerpo, o el reconocimiento visual del cuerpo desnudo buscan detectar sustancias tóxicas, armas u objetos relacionados con el delito investigado, a fin de identificar al posible imputado¹⁰⁷.

¹⁰⁶ En sentido general estas son las definiciones adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras; así, cfr. Tribunal Supremo. Segunda Sala. Sentencia No. 803 del 4 de junio de 2003, M. P.: Perfecto Ibáñez. En la doctrina cfr. González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 290, que las considera: “Medidas de investigación en el proceso, que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”; Ascencio, J., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, p. 137, “... las intervenciones corporales suponen la utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de delitos”; Huestas Martín, M., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, J. M. Bosh Editor, 1999, considera que “... en la práctica de estas diligencias –refiriéndose a las intervenciones e inspecciones corporales– el imputado se presenta como instrumento de la actividad probatoria en tanto que sirve de medio para hacer una cosa –esto es, la propia diligencia, que sin el sujeto mismo sería de imposible realización–, o conseguir un fin –fin que será doble: de un lado nuevamente la propia práctica de la diligencia y, de otro, la consecución de elementos o datos útiles para la investigación o la prueba de los hechos objeto del proceso”.

¹⁰⁷ Cfr., en este sentido, Gómez Amigo, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 98-99, quien considera que “Esta categoría abarca los reconocimientos del cuerpo humano que sobrepasen lo que son meros registros superficiales (cacheos), consistentes en inspecciones de las cavidades naturales del cuerpo, bien para la determinación de circunstancias relativas para la comisión de un hecho punible (examen ginecológico para comprobar la realización o no de un delito de aborto), bien

Los registros tienen como característica principal que no vulneran la integridad física, pues no son extraídos elementos externos o internos del cuerpo. Sin embargo, sí pueden vulnerar la intimidad dependiendo de la forma en que sean realizadas.

Vemos, entonces, que el procedimiento de registro de personas solo busca identificar un objeto determinado en el cuerpo o en sus cavidades, y termina cuando se levanta el acta correspondiente. Este tipo de inspecciones excluyen los análisis genéticos pues es claro que lo que se obtiene con este tipo de intervenciones no constituye una prueba de ADN que exija su posterior envío a un laboratorio para la determinación del perfil genético.

Por su parte, las intervenciones corporales consisten en la extracción de elementos externos o internos del cuerpo, con la finalidad de someterlos a análisis médicos. Ahí radica su diferencia con los registros personales, pues es necesario el auxilio de un especialista que realice los análisis necesarios para aportar pruebas a la investigación, e inclusive expertos que practiquen procedimientos específicos como, por ejemplo, la extracción de sangre u otros fluidos.

En el caso específico del ADN, el resultado solo será útil para la identificación e individualización del imputado, diligencia que es practicada durante la fase de instrucción o procedimiento preparatorio¹⁰⁸.

para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales para comprobar si se esconde droga en estas cavidades), o simplemente en el reconocimiento visual del cuerpo totalmente desnudo del afectado”.

¹⁰⁸ Cfr., en ese sentido, Etxeberria, J. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, Editorial Trivium, 1999, p. 80: “En definitiva las intervenciones corporales, sobre todo cuando se practican en la fase de instrucción o procedimiento preparatorio –que resulta el

A diferencia de los registros, las intervenciones pueden afectar al derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo corporal. A su vez, estas diligencias pueden ser graves o leves, según tengan la capacidad o no de poner en peligro la salud u ocasionar sufrimientos al individuo. Las intervenciones leves son aquellas que no suponen un sufrimiento grave para el ser humano, principalmente las que consisten en la extracción de elementos externos del cuerpo (muestras capilares o cutáneas), o internos (muestras salivales o sanguíneas). En cambio, las graves son aquellas que pueden poner en peligro la salud u ocasionar sufrimientos a su destinatario, por ejemplo, la toma de radiografías o la extracción de líquido cefalorraquídeo.

La naturaleza jurídica de la primera fase para la realización de los exámenes del ADN puede estar circunscrita al grupo de las intervenciones corporales leves, pues no suponen una intervención grave en la integridad física; así, por ejemplo, la toma de saliva o frotis bucal¹⁰⁹.

Ahora bien, por la información sensible que suministra la parte codificante del ADN se pueden ver afectados los derechos a la intimidad, especialmente, la genética, lo cual constituye el segundo elemento de la naturaleza *sui generis* de esta prueba, porque, como intervención corporal leve, en un primer momento

momento en que en mayor medida adquirirán pleno significado— constituyen medios o diligencias de investigación...”.

¹⁰⁹ Cfr., en sentido contrario, Sentencia No. 803/2003 de 4 junio. RJ 2003\4292, M. P.: Perfecto Andrés Ibáñez, donde se afirma que: “La toma de muestra de saliva consiste en obtener un fluido, y en este sentido, en una primera aproximación, podría ser calificada de intervención, si bien es cierto que no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno y, ni siquiera, incomodidad al concernido. Así, tanto por el modo de su realización como por la incidencia práctica en el afectado sería más bien asimilable a las inspecciones y registros corporales, siempre que dado que no incide en partes íntimas del cuerpo, lo hiciera de manera estimable en la privacidad”.

limitaría de forma mínima la integridad física, en cambio, en un segundo momento, al ser realizada la pericia, limitaría el derecho fundamental a la intimidad¹¹⁰.

Por los posibles derechos fundamentales que podría vulnerar la extracción del perfil genético consideramos la intervención corporal como la primera fase de la prueba del ADN, pues

... en estos casos la intervención corporal no se agota en sí misma, sino que goza de una naturaleza instrumental (indirecta) respecto de actos posteriores que complementan aquélla y sin los cuales carecen de sentido (como actos de investigación que auxilien el esclarecimiento de los hechos)¹¹¹.

Ello ocurre en el caso de la extracción del perfil genético, pues la medida de intervención corporal no se agota en sí misma, es decir, con la extracción de la muestra biológica, sino que es necesario realizar la pericia, como veremos en la próxima sección al analizar la segunda fase de los exámenes genéticos (pericia).

¹¹⁰ En la Sentencia 803 citada, se establece la posición contraria a la planteada por el autor, pues afirma esta sentencia que "... el conocimiento del perfil genético de un individuo, al que cabe acceder a través de la determinación de su ADN, permite obtener información amplia y muy sensible sobre sus características biológicas, razón por la que la materia, en principio, concierne directa e intensamente al derecho de la intimidad personal", y a continuación establece que cuando la indagación se produce con fines exclusivos de identificación, descartando cualquier otra posibilidad, la injerencia en el ámbito íntimo es prácticamente inexistente, ya que el resultado de la prueba es asimilable a la que pudiera obtenerse por cualquier otro procedimiento de los que permiten identificación fiable. Concluyendo que en el caso de la sentencia no representó una intromisión relevante en el ámbito de la integridad física y tampoco en el de la intimidad. Entendemos que esta opinión es contradictoria y que precisamente el peligro no está en el perfil genético, el cual es simplemente un código, sino en las muestras que pueden ser utilizadas para otros fines distintos, encontrándonos en el campo de las intervenciones corporales, más que en el de los registros.

¹¹¹ Etxeberria, F. *Las intervenciones corporales*, p. 86.

3.1.2. La pericia en la extracción del perfil genético

La segunda parte de la naturaleza jurídica *sui generis* de los análisis del ADN es la pericia realizada a la muestra biológica para la extracción del perfil genético. En esta segunda fase las muestras biológicas son remitidas a los laboratorios forenses oficiales o privados para ser analizadas según procedimientos previamente establecidos que autentiquen y legitimen dichas pruebas para su uso en el Tribunal.

En ese orden de ideas, numerosos países han considerado que los laboratorios forenses oficiales no tienen que pasar por las formalidades establecidas para la realización de diligencias periciales. Así, la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (TSE) es reiterativa en eximir de esta formalidad a estas instituciones¹¹². El fundamento básico de tales decisiones se debe al carácter oficial de las mismas, y a la división funcional interna del trabajo que no permite la designación *intuitu personae* de los peritos.

Además, las condiciones de estabilidad del genoma humano permiten repetir la prueba tantas veces como sea necesario, inclusive al celebrarse el juicio, donde tiene un valor de “*Dictamen pericial*”, el cual “se presenta por escrito firmado y fechado sin perjuicio del informe oral en las audiencias”, motivo por el cual el perito debe ratificar su informe ante el tribunal.

En fin, la naturaleza jurídica del análisis del ADN realizado sobre la muestra biológica tomada de un individuo se considera *sui generis*, por cuanto presenta una

¹¹² Cfr. Sentencia No. 1270/2005 de 3 de noviembre. RJ 2005\9912, M. P.: Andrés Martínez Arrieta: “Las pericias realizadas por organismos oficiales satisfacen la exigencia de dualidad de peritos establecida en el art. 459 de la Ley procesal en atención a la fiabilidad de los institutos oficiales y la división del trabajo entre los profesionales que en ellos trabajan. En todo caso, los peritos informan al tribunal sobre la pericia concreta y sobre las condiciones generales de los análisis realizados en el laboratorio, con sujeción a los protocolos de actuación establecidos en la rama profesional del análisis”.

ubicación sistemática híbrida de diligencias de intervención corporal leve y pericial; además, al realizar una prueba genética es preciso considerar los derechos fundamentales en juego, debido a que se pueden limitar tanto la integridad corporal como la intimidad, en este caso, la genética. En este sentido, al final del capítulo presentaremos nuestra posición sobre el carácter autónomo de la prueba del ADN.

3.2. Naturaleza jurídica de los análisis del ADN sobre vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen

Por lo general, de las escenas de crímenes violentos se recuperan en un alto porcentaje vestigios biológicos pertenecientes al supuesto infractor, lo cual ha motivado que en los últimos años se incremente la recolección de muestras biológicas en el lugar de la comisión del delito a fin de realizarles un análisis de ADN; por esta razón la toma de muestras biológicas debe ser regulada de forma que no sean utilizadas para otros usos, principalmente por la información genética que se puede obtener de la parte codificante del ADN que contienen. La ubicación sistemática de la recolección de muestras biológicas se encuadra en el marco de las diligencias de investigación, teniendo por objeto el esclarecimiento de los hechos delictivos, al identificar e individualizar al responsable por medio de la realización de una pericia, que es su naturaleza jurídica.

Los vestigios biológicos son considerados cuerpo del delito, y en ese sentido las autoridades judiciales deben conservarlos para fines de futuras comprobaciones, así su titular solicite la realización de un nuevo peritaje, buscando hacerla contradictoria, lo cual garantizaría su presunción de inocencia en las actuaciones judiciales que se derivarían del proceso de identificación. En algunos países, la muestra biológica es conservada por el laboratorio forense, el cual únicamente

puede realizar investigaciones a partir del ADN no codificante¹¹³ para ser utilizadas en futuras investigaciones, especialmente para casos de personas condenadas¹¹⁴.

A los fines de autenticar las pruebas obtenidas de vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen, es necesario cumplir con procedimientos propios de la Cadena de Custodia, los cuales serán analizados a continuación, y tienen por finalidad evitar la ilicitud de las pruebas.

4. Cadena de Custodia y necesidad de preservar las evidencias biológicas

El proceso de recopilación de los vestigios biológicos en la escena del crimen, así como su presentación para ser valorados por un Tribunal, debe ser realizado de conformidad con un protocolo de actividades. A esos fines, los estudiosos de la criminalística y la ciencia procesal han creado conjuntamente un sistema que permite establecer las fases por las que atraviesa una evidencia recolectada en una escena del crimen para ser presentada en los tribunales que conocen del conflicto. Este sistema científico y legal se ha denominado Cadena de Custodia de la Evidencia.

¹¹³ A partir del año 1995 corresponde a los laboratorios forenses del Reino Unido guardar muestras biológicas, las cuales deben ser almacenadas de manera segura y que permita su duración a largo plazo; además, solo pueden ser utilizadas para investigar casos criminales. Cfr. en ese sentido el “Informe Anual de la Base de Datos de ADN 2005-2006”, Home Office, p. 22. Disponible en [<https://www.gov.uk/search?q=dna+report+2005-2006&start=40>], consultada el 15 de mayo de 2015.

¹¹⁴ Cfr. en ese sentido las recomendaciones realizadas por la Comisión Nacional para el Futuro del Uso del ADN, creada por el Instituto Nacional de Justicia adscrito al Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica para casos de personas condenadas: “Post Conviction, DNA Testing, Recommendation for handling request”, septiembre de 1999. Disponible en [<http://www.ojp.usdoj.gov/nij>], consultada el 30 de noviembre de 2015.

En la doctrina procesal el concepto Cadena de Custodia ha sido poco trabajado y prácticamente relegado a la criminalística. Ello, pese a los efectos perniciosos que puede producir su incumplimiento por parte de un agente de la policía judicial al coleccionar las evidencias para la extracción del material genético¹¹⁵. La declaratoria de la ilicitud de la evidencia y su exclusión del juicio penal por no cumplir con los requisitos para su admisibilidad se constituyen en lo que se denomina prueba ilícita o espuria.

La Cadena de Custodia puede ser definida como el conjunto de etapas o fases que debe cumplir de manera lícita un agente de la policía judicial desde la recolección de las evidencias en la escena del crimen hasta su presentación ante un tribunal penal¹¹⁶.

Estas fases o procedimientos tienen por finalidad: a. Evitar la alteración o destrucción de las evidencias recolectadas en una escena del crimen; b. Conservar en buen estado las evidencias recogidas para su sometimiento a pruebas científicas o su presentación ante los órganos jurisdiccionales, y c. Garantizar de manera científica que la identidad de las evidencias colectadas coincide con las presentadas

¹¹⁵ Sobre los efectos límites de esta técnica, Buquet, Alain, *Manuel de criminalistique moderne et de police scientifique, la science et la recherche de la preuve*, Press.es Universitaires de France, París, 2011, p. 187, establece la cantidad y calidad del material y las contaminaciones. Sobre la cantidad y calidad observa que la seguridad en la calidad debe estar certificada por la norma ISO9002, Por su parte, en lo que se refiere a la contaminación de la evidencia establece que debe tomarse en consideración que si existe duda sobre la fuente del perfil que no permiten identificar al titular por errores en la manipulación es mejor abstenerse de realizar el informe.

¹¹⁶ El Manual de la Policía Judicial de Colombia define la Cadena de Custodia como: “Un sistema documentado que se aplica a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas relacionadas con el delito por las personas responsables de su manejo, desde el momento en que se encuentran o aportan a la investigación hasta su disposición final, lo que permite no solo garantizar su autenticidad, sino demostrar que se han aplicado procedimientos estandarizados para asegurar su identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro”. Disponible en [\[http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/manualcadena2.pdf\]](http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/manualcadena2.pdf), consultada el 3 de marzo de 2015.

en el juicio, o en cualquier etapa del proceso, certificando que lo analizado en el laboratorio forense corresponde a lo encontrado en la escena del crimen o, en su defecto, que los resultados fueron extraídos de la evidencia recolectada.

Para la autenticación de las pruebas el sistema de la Cadena de Custodia se basa en los siguientes principios rectores¹¹⁷:

a. *Identidad*. Es la individualización de la evidencia mediante la descripción exacta y detallada de sus características.

b. *Integridad*. Es el cumplimiento, por los agentes de la policía judicial, de las reglas del debido proceso en el tratamiento de la evidencia, en consonancia con la decisión judicial que se tome sobre dicha evidencia.

c. *Preservación*. Es el aseguramiento de las condiciones adecuadas de conservación e inalterabilidad de las evidencias, de acuerdo a su clase y naturaleza.

d. *Seguridad*. Es el mantenimiento de la evidencia fuera de todo riesgo y peligro.

e. *Almacenamiento*. Significa el resguardo de la evidencia en condiciones que garanticen su preservación y protección.

f. *Continuidad y registro*. Es la secuencia ininterrumpida de todos los traslados y trasposos de las evidencias entre custodios, garantizada mediante un registro único que detalle todas las personas que tuvieron contacto con las evidencias en la Cadena de Custodia.

¹¹⁷ Estos principios para la autenticación de las pruebas fueron tomados del acápite 6 del Manual de la Policía Judicial y de la Resolución No. 0-6394 del 22 de diciembre de 2004, por medio de la cual se adoptó el Manual del Sistema de Cadena de Custodia de la República de Colombia.

A los fines del presente estudio conviene analizar las formas en que deben ser colectados los vestigios biológicos de la escena del crimen, por tratarse de las evidencias que serán utilizadas en la extracción del perfil genético. Ello con el fin de determinar cuándo la prueba ha sido obtenida de acuerdo con los procedimientos aprobados y cuándo ha sido contaminada.

En primer lugar, en la escena del crimen pueden aparecer vestigios biológicos de distinta índole, entre otros, de pelo, de saliva, gotas de sangre, de semen o de sudor, por lo que es común en las investigaciones criminales analizar los peines, los cepillos para la cabeza, la ropa y los dientes, las tazas, los cubiertos, las boquillas para cigarrillos y las colillas, las prendas de ropa, los anillos, los relojes, y, en general, todo tipo de objetos.

Como tuvimos oportunidad de ver en el Capítulo I, aunque las huellas genéticas sean mínimas, mediante el proceso de la PCR, pueden ser ampliadas y analizadas en el laboratorio forense. Adicionalmente, las características y propiedades del ADN permiten que las muestras permanezcan en el tiempo y que, si no hay una intervención inadecuada, se conserven inalteradas. Lo interesante a los fines del presente estudio es la forma en que se recoge la muestra biológica para su posterior examen genético, pues es en ese momento que la prueba puede ser contaminada, por lo que los procedimientos deben ser realizados de conformidad con un determinado protocolo, tomando en consideración las características de los vestigios biológicos, a fin de evitar su contaminación y las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

El procedimiento establecido para la recolección del material genético en vestigios biológicos incluye inicialmente los hisopos de algodón¹¹⁸, a menos que la evidencia pueda ser remitida en el soporte en que se encontró (prendas de vestir, cristales, pasto, etc.).

Una vez fijada la escena del crimen, los procedimientos¹¹⁹ a seguir son:

a) Aspectos legales:

– Asegurarse de la presencia de personas que den fe de las diligencias practicadas, autenticando la muestra biológica.

– Levantar el acta correspondiente en la escena del crimen, en la cual consten el lugar y la descripción detallada de los elementos biológicos (pelos, sangre, etc.) o de los soportes físicos (colillas de cigarrillos, prendas de vestir, etc.).

–Firmar el acta y los envoltorios (asegurados con cinta adhesiva) que contienen la muestra por las personas que participen de la diligencia.

b) Aspectos técnicos:

¹¹⁸ Según Chieri Primarosa, E. y Zannoni, A., *Prueba del ADN*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 236, “Las manchas secas de los fluidos corporales que se observan en superficies poco o nada absorbentes pueden diluirse en hisopos de algodón estériles humedecidos con agua estéril o con una solución salina al 0,9%. Se frota el hisopo en el área donde se encuentran las manchas o donde se sospecha la existencia del material biológico. Para cada mancha se usa un hisopo diferente y correctamente rotulado. Es preferible que los hisopos se dejen secar al aire para prevenir la degradación o, si es factible, colocarlos en un *freezer*. Si las muestras se refrigeran, deberá utilizarse un equipo refrigerante para el envío de las mismas, pues de interrumpirse la cadena de frío puede ocurrir rápidamente la contaminación y la degradación de las evidencias biológicas, lo cual impedirá o dificultará enormemente la realización de los análisis del ADN”.

¹¹⁹ Estos procedimientos fueron extraídos del Servicio de Huellas Digitales Genéticas de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Farmacia y Bioquímica, citado por Cejas Mazzotta, Guillermo, *Identificación por ADN*, 2ª ed. (corregida y ampliada), Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 265-267, y del Manual de Procedimiento del Sistema de Cadena de Custodia de la Fiscalía colombiana.

- Siempre que sea posible, es conveniente fotografiar la escena del crimen y especialmente el lugar de donde se extraen las muestras biológicas.
- En caso de que las muestras se encuentren adheridas a las prendas de vestir, en el registro debe constar a quien pertenecen (víctima o posibles infractores).
- En el procedimiento de embalaje se deben utilizar invariablemente guantes desechables, y preferiblemente uno por evidencia.
- Si se trata de prendas húmedas, o fragmentos de tela que contengan manchas húmedas, antes de ser embaladas y enviadas al laboratorio deben secarse a temperatura ambiente; en caso de no ser posible su secado previo, se deben recubrir con papel no impreso, nuevo y limpio, y por separado, introduciendo en la bolsa plástica un rótulo que indique que la evidencia se encuentra mojada.
- No se deben reutilizar recipientes para la recolección y embalaje de las muestras.
- El rótulo debe ser elaborado con tinta indeleble, de manera concisa, precisa y exacta, con letra clara, legible y comprensible, y no debe tener tachaduras ni borraduras.
- Se debe indicar la fecha y la hora exactas en que fue colectada la evidencia.

Estos son, a grandes rasgos, los procedimientos necesarios para la recolección, embalaje y rotulación de las muestras biológicas tomadas en la escena del crimen.

De otra parte, al momento del traslado al laboratorio para su recepción y análisis es necesario tener presentes otros requisitos ineludibles para la legitimación y autenticación de las muestras biológicas y los posteriores resultados a presentar en un tribunal penal:

- La persona que recibe el recipiente con la muestra en el laboratorio debe levantar un acta del estado en que le fue entregado.
- El embalaje solo podrá ser abierto por el perito designado por el laboratorio forense para el análisis genético.
- El perito no podrá recibir evidencia biológica que no se encuentre rotulada, embalada, y con el registro de Cadena de Custodia debidamente consignado.
- En caso de existir alteraciones en el rótulo y/o en el embalaje el encargado deberá documentarlo fotográficamente.
- Los remanentes del material analizado serán guardados en un almacén destinado a esos efectos por el laboratorio, para el caso de que exista la necesidad de realizar una prueba sobre el vestigio biológico.
- Los resultados de los análisis deberán ser elaborados a la mayor brevedad posible para su remisión a las autoridades judiciales que los utilizarán en el seno judicial.

Finalmente, el método de conservación del ADN incluye sobres para secado a temperatura ambiente y, adicionalmente, la conservación de los soportes, especialmente, los hisopos de algodón con el material biológico adherido.

5. Autonomía de los resultados de la prueba de ADN en el proceso penal

Una vez analizadas las características o fases de realización de la prueba de ADN, es preciso arribar a una conclusión: a nuestro entender estamos ante una prueba autónoma en la que la finalidad principal es la consecución del perfil genético de la muestra biológica, sea esta extraída de una persona o recogida como un despojo biológico del ser humano con la finalidad de identificarlo en un proceso penal o discriminarlo en una investigación.

En primer lugar, al realizar una extracción de una muestra biológica para posteriores exámenes no se está hablando de una intervención corporal, ni tampoco de una pericia en sí misma, pues el fin ulterior es la extracción del perfil genético. *Prima facie* el lector podría argumentar que se trata de una pericia, pero a nuestro entender es un procedimiento más complejo, de ahí que le otorguemos cierto grado de autonomía en relación con las intervenciones corporales y periciales.

Como ya se vio, el peritaje se realiza para esclarecerle al juez algún hecho que por su carácter científico no puede ser analizado por él mismo, mientras que la muestra del perfil genético es recabada para identificar a un presunto imputado y su relación con el hecho investigado, y, por lo mismo, su carácter es individual, por lo que estaríamos ante una prueba que únicamente nos ayuda a individualizar a una persona en relación con las demás ante un hecho delictivo.

En segundo lugar, los derechos fundamentales involucrados al analizar la prueba del ADN van más allá de los que podrían verse vulnerados al realizar una intervención corporal o una prueba pericial. Por este motivo consideramos la intervención corporal y su posterior pericia como partes de la realización de una prueba de ADN. Así, mientras que las intervenciones corporales y las pruebas periciales pueden vulnerar derechos fundamentales como la dignidad, la integridad física o la intimidad, en las pruebas del ADN están involucrados todos estos derechos fundamentales, además de la intimidad genética¹²⁰.

¹²⁰ Por todos, Suárez Espino, María Lidia, *El derecho a la intimidad genética*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, p. 90, quien manifiesta: "... es posible concluir que el derecho a la intimidad genética está compuesto de dos elementos, uno objetivo, formado, tal y como se acaba de expresar, por el genoma humano y por extensión cualquier parte del cuerpo cuyo análisis permita acceder a la información contenida en los genes, y otro subjetivo constituido por el consentimiento del titular de este derecho". Con anterioridad utiliza este concepto, Romeo Casabona, Carlos, "El proyecto del genoma humano: Limitaciones jurídicas", en Gafo, J.

Finalmente, por el grado de complejidad, y por los efectos que pueden surgir al ser preservadas estas pruebas de perfil genético en bases de datos autorizadas, para su posterior uso en futuros casos de investigaciones penales, se crea una relación entre el Estado y los particulares, de forma que pueden entrar en conflicto derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la protección de datos personales y la intimidad genética¹²¹.

Las conclusiones a que arribamos sobre la autonomía de la prueba del ADN con respecto a las intervenciones corporales, y principalmente con relación a las pruebas periciales, parece ser una tendencia a nivel mundial, pues países como Estados Unidos, Alemania, España o Francia, han individualizado en sus respectivas legislaciones procesales artículos destinados, única y exclusivamente, a la forma de realizar la prueba del ADN.

En España, en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2003 se insertó un artículo destinado a estos fines que diferencia entre pruebas de ADN recabadas directamente sobre las personas y aquellas recolectadas a partir de vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen. En ese orden de ideas, en España fueron modificados los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(coord.), *Ética y Biotecnología*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993, p. 169; en términos similares, Etxeberria Guridi, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Comares, 2000, p. 192: “Puede afirmarse, sin duda alguna, que en el ámbito de los análisis genéticos la intimidad del interesado puede verse afectada, es lo que se ha venido a denominar intimidad genética o manifestación genética de la intimidad”.

¹²¹ Suárez Espino, María Lidia, *El derecho a la intimidad genética*, p. 90, establece que el elemento subjetivo del consentimiento para obtener información genética es asimilable a la autodeterminación informativa, “entendida ésta como la facultad de control que tiene toda persona para determinar las condiciones en que se podrá acceder a sus datos personales”.

6. Requisitos jurídicos procesales para la recolección del material genético y para extracción del perfil

La prueba del ADN debe ser realizada cumpliendo una serie de requisitos jurídicos. En este sentido, los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para la extracción del perfil genético son, a nuestro entender, de dos tipos: formales y materiales, y su finalidad es evitar la vulneración desproporcionada e irracional de los derechos fundamentales.

Además, esta diligencia de investigación es utilizada en la fase del juicio oral, de modo que la regulación procesal establece lo referente a su admisibilidad y su licitud durante esta fase. La consecuencia del incumplimiento de las formalidades jurídicas es la posible declaración de inadmisibilidad o ilicitud por los tribunales penales. En la presente sección estudiaremos las condiciones procesales necesarias para la realización del análisis del ADN.

6.1. Requisitos formales de la prueba del ADN

Una de las finalidades del ordenamiento jurídico procesal es regular el uso del poder del Estado para garantizar los derechos fundamentales de las personas sometidas a la acción de la justicia. En ese sentido, la limitación de tales derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación o proceso penal se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico interno de cada nación (requisito de habilitación legal), formalidad que determina las circunstancias en las que se pueden tomar medidas procesales y qué autoridad estatal tiene la potestad de decidir su ejecución.

El poder en un Estado de Derecho debe expresarse mediante decisiones tomadas por las autoridades competentes; así, en el ámbito judicial corresponde a los jueces

autorizar las diligencias que restringen los derechos fundamentales (requisito de autorización judicial), aunque en países como Estados Unidos y Reino Unido esta atribución puede corresponder a las autoridades policiales.

De todas maneras, los requisitos formales para la realización de la prueba del ADN son, de un lado, la habilitación legal, y de otro, la autorización por el funcionario competente; esta última, como veremos, puede emanar de los miembros del poder judicial o de las autoridades de policía, dependiendo del ordenamiento jurídico procesal.

La primera formalidad necesaria para limitar los derechos fundamentales es la habilitación legal. En virtud de este requisito el Estado no puede ordenar la limitación de un derecho fundamental si no existe un procedimiento estrictamente regulado en su legislación, afirmación que es la manifestación expresa de la máxima procesal *nulla coatio sine lege praevia*.

El principio de reserva legal ha sido acogido por diversos tratados internacionales debido a la importancia que reviste el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades individuales. En este sentido, el artículo 8.º, numeral 2, del Convenio Europeo de los Derechos humanos establece que:

... los derechos fundamentales pueden ser limitados por los Estados, en virtud de disposiciones legales cuando sean necesarias estas intervenciones para el mantenimiento de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y la moral, o la protección de los derechos y libertades de los terceros.

Los Estados han establecido expresamente en su ordenamiento jurídico la facultad del aparato represivo de proceder a realizar análisis del ADN. Así, en Alemania, con anterioridad al año 1997, los análisis genéticos eran tratados como una intervención corporal más (arts. 81 y ss. de la StPO), pero una modificación de ese mismo año estableció los mecanismos para las extracciones de perfiles genéticos a personas de las que se tuvieran indicios de la comisión de una infracción penal. En términos similares, como manifestamos anteriormente, en España fueron modificados los artículos 326¹²² y 363¹²³ de la LECrim el 25 de noviembre de 2003. La LO 15 de 2003 habilitó al juez de instrucción a tomar muestras biológicas para el análisis del ADN sobre un individuo, siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, y cumpliendo con las reglas de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Adicionalmente, para la recolección de vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen es necesario que exista habilitación legal, evitando su utilización con otros fines que no sean la contribución al esclarecimiento del hecho investigado.

¹²² Al artículo 326 le fue insertado el siguiente párrafo: “Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.

¹²³ Al artículo 363 le fue insertado el siguiente párrafo: “Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil del ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

El segundo requisito formal es la potestad estatal de autorizar judicial o policialmente el análisis del ADN según el ordenamiento jurídico interno de cada país. Esta atribución es otorgada al poder judicial (autorización judicial), o a las autoridades del ministerio público, o a los miembros de los cuerpos del orden. En España, la LECrim establece que estas pruebas deben ser realizadas mediante una resolución judicial motivada, formalidad que también es exigida en países como Alemania, Francia, Holanda, y, en principio, en los Estados Unidos de Norteamérica, donde posteriormente diversas teorías jurisprudenciales establecieron que en ciertas circunstancias no es necesario el cumplimiento de dicha formalidad y que, por ende, los policías pueden proceder a extraer muestras biológicas sin autorización judicial. Por el contrario, como veremos más adelante, en países como Inglaterra y Gales, la legislación otorga tal potestad directamente a los miembros de la policía.

En España, “por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva”, la reserva judicial es un requisito necesario para limitar los derechos fundamentales en caso de ser necesario realizar pruebas genéticas de cualquier procesado o imputado. En ese país, como se dijo, los artículos 326.3 y 363.2 de la LECrim exigen para la realización de exámenes genéticos la autorización judicial, la cual se extiende a la recogida de muestras biológicas en la escena del crimen. Sin embargo, como se verá a continuación la jurisprudencia ha relativizado estos principios, y en el caso especial de la recogida de muestras biológicas ha establecido que no es necesaria la autorización judicial. El artículo 326.3 establece que, previa autorización judicial, la policía judicial o el médico forense tienen la obligación de recoger los vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del delito; por su parte, el artículo 363.3 establece el mismo requisito cuando es necesario realizar una intervención corporal.

El TSE exoneró de esta obligación a los miembros de la policía judicial, quienes, a partir del Acuerdo No. 1 del Pleno de la Segunda Sala, del 31 de enero del año 2006, pueden recoger los vestigios biológicos o los restos genéticos abandonados por un sospechoso sin necesidad de autorización judicial. Adicionalmente el artículo 3.º, numeral 1, literal a) de la Ley 10/2007, del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN reforzó la ley de Enjuiciamiento Criminal y el precitado Acuerdo Jurisdiccional. En ese sentido, el Tribunal Supremo ha ido consolidando una doctrina sobre la extracción de perfiles genéticos distinguiendo varios supuestos claramente diferenciados:

a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

c) En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita –hoy por hoy, inexistente– que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados¹²⁴.

En este sentido, la toma de muestras biológicas es una de las atribuciones administrativas de la policía cuando se presenta en la escena del crimen, y sus funcionarios deben comunicar al Juez de Instrucción las diligencias que practiquen por medio de un atestado. El documento preparado por la policía judicial debe detallar todas las diligencias de investigación practicadas con el fin de esclarecer el delito y que puedan servir como pruebas o indicios en el proceso penal (art. 292 LECrim). Una de estas actuaciones puede ser el examen genético de los vestigios biológicos, que por su naturaleza tendrá que ser valorada como prueba documental en la fase del juicio oral. Además, los policías encargados de la recogida de los vestigios biológicos y los miembros del laboratorio forense que realizaron la extracción del perfil genético deberán sustentar sus respectivos informes en la fase del juicio oral.

¹²⁴ En la jurisprudencia española, a partir del año 2010 se ha venido consolidando una doctrina a nivel de Tribunal Supremo. Así, la Sentencia No. 685/2010 de 7 de julio. RJ 2007\7322 FJ 2º y Sentencia No. 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251, FJ 4º, (en ambas ponente Manuel Marchena Gómez) distingue varios casos de cómo analizar el tema de la autorización judicial.

Ahora bien, puede suceder que los vestigios biológicos sean recogidos una vez el Juez de Instrucción inicie la formación del sumario, y, por ende, cese la competencia de las autoridades policiales para continuar la investigación del delito (art. 286 LECrim). En la práctica judicial española cuando no se tiene identificado al presunto responsable de la comisión del delito, el Juez de Instrucción sobresee el procedimiento hasta tanto sea identificado. En estos casos la policía judicial continúa investigando el delito hasta identificar a un responsable.

En un caso específico sobre ADN en que se discutía la potestad de la policía judicial de continuar investigando, no obstante haberse iniciado la formación del sumario, el TSE consideró la validez de las investigaciones realizadas por los policías y en ese sentido declaró que

La policía que parte normalmente del peligro o riesgo de pérdida de la muestra o vestigio hallado (artículo 236, en relación con el 282 LECrim), no puede provocar una revocación del sumario para que el juez controle la práctica de una diligencia que probablemente resulte negativa. La reapertura del sumario sólo podrá producirse ante la existencia de novedades relevantes en el curso de la investigación, en este caso, por resultados analíticos positivos y altamente incriminatorios. La lógica estructural de nuestro sistema procesal todavía legitima más si cabe la recogida policial de la muestra¹²⁵.

Otra de las excepciones creadas por la doctrina del TSE al requisito formal de la autorización judicial, es la de los vestigios biológicos expulsados voluntariamente por el individuo investigado, los cuales se convierten en *res nullius*¹²⁶⁻¹²⁷, y su

¹²⁵ Cfr. Sentencia No. 179/2006 de 14 de febrero. RJ 2006\717, fundamento de derecho números 3 y 6, M. P.: José Ramón Soriano (RJ 2006/717).

¹²⁶ *Ibíd.* En la misma sentencia anteriormente citada, pero en el Fundamento de Derecho No. 2, se considera que inmediatamente se convierte en “*res nullius* y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación del delito”.

recogida por parte de las autoridades policiales es una obligación legal que en nada perjudica al individuo, pues los derechos fundamentales a la intimidad y la privacidad se encuentran garantizados en el objeto de la pericia, que es el esclarecimiento del delito y no la investigación de las propiedades genéticas de su titular. De donde, el acuerdo judicial No. 1 de la Sala Segunda del TSE, anteriormente enunciado, dinamiza la justicia penal y, además, pondera correctamente el interés particular a la privacidad frente al interés estatal por esclarecer delitos, principalmente porque estas pruebas, de resultar positivas, posibilitan su esclarecimiento, y la toma de estas muestras biológicas encontradas en la escena del delito no vulnera el derecho a la integridad física, por no ser necesaria la intervención corporal.

Por su parte, en Inglaterra y Gales la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 (PACE) autorizaba a las autoridades policiales a tomar muestras biológicas de sospechosos de la comisión de un delito. En ese país se realizaba una distinción en la toma de muestras biológicas entre íntimas y no íntimas.

Las muestras íntimas establecidas por la PACE eran la sangre, el semen, la orina y la saliva, mientras que las no íntimas eran las extraídas de las uñas y los frotis no tomados de los orificios corporales. La importancia radicaba en que la toma de las muestras no íntimas podía realizarse sin el consentimiento del detenido en caso de

¹²⁷ En la misma línea jurisprudencial Sentencia No. 1062/2007 de 27 de noviembre. RJ 2007\9354, FJ 3º, M. P.: Martín Pallín: “No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, Sino ante una toma derivada de un acto voluntario realizado por los sujetos objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal. En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva”.

un delito grave, mientras que para las íntimas era necesaria la autorización de un oficial que, por lo menos, ostentara el rango de superintendente de policía.

En un segundo momento, la *Real Commission of Criminal Justice* autorizó, por la mínima intervención que supone la extracción del ADN, la toma de ambos tipos de muestras biológicas, tanto de las íntimas como de las no íntimas por parte de la policía, y recomendó ciertas modificaciones a la PACE. En 1994 las modificaciones realizadas a esta legislación reclasificaron las muestras no íntimas, incluyendo entre ellas la saliva y el frotis bucal, permitiendo a los policías tomarlas sin necesidad de autorización de un oficial superior; además, reclasificó la necesidad de autorización la cual quedó establecida solo para delitos graves, permitiendo a los policías tomar muestras biológicas sin el consentimiento del presunto autor cuando la infracción cometida aparezca pena de prisión (*recordable offense*), pero con la autorización de un oficial que, por lo menos, ostente el rango de superintendente de policía¹²⁸.

En la última modificación a la PACE, en el año 2004, se permitió a los policías tomar muestras biológicas a cualquier ciudadano que fuera detenido, sin importar la infracción cometida, sin embargo, la policía no podía formular cargos en su contra. En sentido general, la importancia y distinción del caso británico radica en que la autorización de la toma de muestras biológicas para la posterior extracción del ADN pertenece a las autoridades policiales.

En Estados Unidos, en principio, la Cuarta Enmienda de la Constitución¹²⁹⁻¹³⁰ establecía la protección de los ciudadanos norteamericanos ante los registros e

¹²⁸ Cfr. un estudio sobre la toma de muestras íntimas y no íntimas en Reino Unido por parte de las autoridades policiales y de las modificaciones a la PACE en Sprack, J., *Emmins on criminal procedure*, 6.ª ed., Londres, Reino Unido, Blackstone Press. Limited, 1995, pp. 420 y 421.

intervenciones realizados de forma no razonable a las personas, a sus documentos o su hogar sin autorización judicial¹³¹. La interpretación jurisprudencial de esta enmienda ha distinguido en ella entre el requisito de razonabilidad y el de autorización judicial. La razonabilidad consiste en que los registros e intervenciones no deben ser excesivos en perjuicio del derecho a la privacidad; por su parte, la autorización judicial garantiza la limitación razonable de las libertades individuales, siempre que existan indicios en contra del ciudadano.

En la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas la interpretación de los registros autorizados por la Cuarta Enmienda está dividida en dos teorías: conjuntiva y disyuntiva¹³². En virtud de la primera, un registro es razonable si se tienen sospechas de la comisión de una infracción y se solicita una autorización judicial para realizar la búsqueda. Por su parte, la tesis disyuntiva establece que estos requisitos son independientes de los resultados que se puedan obtener de los

¹²⁹ Esta enmienda establece: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos judiciales que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

¹³⁰ Pese a lo establecido en la IV Enmienda acerca de la protección de pesquisas arbitrarias sobre las personas, domicilios, papeles y efectos. En el caso *Katz vs. United States* (389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507, 19 L.Ed.2d 576 (1967)), la Suprema Corte de Justicia evaluó una actuación gubernamental mediante la cual el gobierno obtuvo pruebas sin autorización judicial de una persona que hablaba sobre apuestas por una cabina telefónica pública. La Corte Suprema declaró en esa ocasión que la IV Enmienda protege solo a las personas y no a los lugares.

¹³¹ Cfr. una panorámica sobre la evolución histórica y las interpretaciones jurisprudenciales de la IV Enmienda a partir del siglo XVIII y hasta la Corte Suprema de la década de 1980, en Sklansky, David A., “The Fourth Amendment and Common Law”, *Colum. L. Rev.*, vol. 100, 2000, pp. 1739 y ss.

¹³² Cfr. un análisis de las tesis de interpretación conjuntiva y disyuntiva en Luna, J. Erick, “Sovereignty and Suspicion”, *Duke L. J.*, vol. 48, 1999, pp. 791-792.

mismos siendo aleatorios, de suerte que, de acuerdo con la interpretación adoptada los resultados serán diferentes y por ende no es necesaria la autorización judicial.

Hasta la década de los años sesenta la Supreme Court aplicaba de manera consistente la tesis conjuntiva¹³³; sin embargo, en las últimas décadas ha realizado excepciones a este punto de vista, primando en muchos casos las tesis disyuntivas. Excepciones que han sido fundamentadas en la ponderación realizada entre el interés o expectativa que una persona tiene en que le sea respetado su derecho a la privacidad y el del gobierno en esclarecer delitos¹³⁴.

Para acoger en la ponderación la tesis disyuntiva se ha considerado la intervención leve que suponen en la intimidad de las personas las limitaciones realizadas por el Estado, en comparación con el interés gubernamental del registro o captura de delincuentes, que es poderoso y urgente por las expectativas de seguridad que tiene la sociedad. En esos casos los registros no solo inciden en el descubrimiento de las evidencias de un delito, sino también en asuntos de la administración pública y de controles policiales¹³⁵.

¹³³ En este sentido, sobre la necesidad de autorización judicial y la aplicación de la tesis conjuntiva en la IV Enmienda, cfr. *Katz vs. United States* (389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507, 19 L.Ed.2d 576 (1967)), en el pasaje más famoso de esta sentencia dictada por el Juez Harlan sobre la doctrina de la IV Enmienda, se declaró que al momento de un registro hay dos aspectos que son necesarios: a. Que la persona haya exhibido una expectativa actual de privacidad (subjética), y b. Que esta expectativa sea una que la sociedad está preparada para reconocer como razonable. En ese sentido, acogiendo la teoría conjuntiva, esta decisión estableció que siempre que se cumplan estos requisitos, la autorización judicial es necesaria.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Cfr. un análisis sobre registros realizados por autoridades administrativas no policiales en Smiley, J., “Rethinking the Special Needs Doctrine: Suspicionless. Drug Testing of High School Students and the Narrowing of Fourth Amendment Protections”, *Northwestern University L. R.*, Vol. 95, No. 2, 2000-2001, p. 841, “... quien se manifiesta en contra de estos controles

Usualmente, pero no siempre, los registros rutinarios sobre las personas son realizados por las autoridades policiales sin necesidad de autorización judicial¹³⁶. Así, existen casos de inspecciones y registros (visuales, anales o vaginales) que fueron realizados sin autorización judicial, a fin de preservar la posesión de pruebas indiciarias de las personas detenidas¹³⁷. Esta regla ha sido extendida a los registros realizados por autoridades administrativas¹³⁸, los cuales fueron aprobados por un análisis de proporcionalidad entre el interés del gobierno, la practicidad de una autorización judicial y el requerimiento de sospecha individual, y además, la gravedad de la intervención en la privacidad del ciudadano.

administrativos, por entender que tienen que ser realizados con una sospecha individualizada y no sopesando el interés del gobierno en controlar cierta población”.

¹³⁶ Las excepciones amparadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos incluyen las de “manos arriba” (*stop and frisk*) por policías; cfr. *Terry vs. Ohio* 392 U.S. 1, 88 S.Ct. 1868, 20 L.Ed.2d 889 (1968), detenciones para interrogatorios en las fronteras, *United States vs. Martínez-Fuerte*, 428 U.S. (1976), y los chequeos para medición de alcoholemia, *Michigan Dept of State Police vs. Sitz*, U.S., 110 S.Ct. 2481, 110 L.Ed. 2d 412 (1990).

¹³⁷ En el caso *Illinois vs. Lafayette*, 462 U.S. 640, 103, S.Ct. 2605, 77 L.E.d. 2d 65 (1983) se evaluaba si el registro realizado a una persona detenida por un disturbio contra la paz pública en un teatro había sido razonable, y una vez en la comisaría, revisando sus pertenencias se encontró un bulto con sustancias controladas por la legislación del Estado de Illinois. El detenido alegó que no fue autorizada judicialmente la búsqueda en sus pertenencias. La Corte consideró que la autorización judicial no era necesaria, pues el registro de una persona detenida es parte de un proceso administrativo rutinario en una estación de policía.

¹³⁸ Cfr. *Skinner vs. Railway. Labor Executives Ass.ociation*, 489 U.S. 602, 109 S.Ct. 1402, 103 L.Ed.2d 639 (1989); en este caso la Agencia Federal de Administración de Ferrocarriles dictó una normativa para realizar exámenes de sangre y orina a sus empleados con la finalidad de detectar posibles abusos de drogas y alcohol. El sindicato de empleados se negó a la medida por considerar que era contraria a la IV Enmienda. La Corte Suprema estableció que el interés del gobierno en evitar accidentes ferroviarios es superior al derecho a la privacidad de los transportistas, y por esta razón no era necesaria autorización judicial.

6.2. Requisitos materiales de la prueba del ADN

La autoridad judicial o policial que ordena un análisis del ADN está en la obligación de motivar racionalmente su decisión realizando inicialmente una ponderación entre el interés del Estado en el esclarecimiento del delito y el de los particulares en el respeto a sus derechos fundamentales¹³⁹. Estos requisitos, a diferencia de los formales, son la parte práctica de la ejecución de estas medidas y están destinados a la autoridad para fijarle criterios racionales en sus decisiones. Estos criterios son evaluados por las autoridades mediante los mecanismos establecidos por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. A continuación procederemos a analizar ambos principios debido a la importancia que tienen los mismos al ser señalados expresamente en la LEcrim como requisitos indispensables para la realización de pruebas genéticas.

6.2.1. Principio de Proporcionalidad. Utilidad procesal

En Europa, el principio de proporcionalidad ha sido una construcción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, inspirado en las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán. Es en ese país donde el principio alcanza su máximo esplendor, al ser reconocido con el rango de derecho constitucional e introducido en la Ordenanza Procesal Alemana en la pequeña reforma de 1964¹⁴⁰.

¹³⁹ Cfr. Álvarez de Neyra Kappler, Susana, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada, Comares, 2008, p. 79: “Por lo tanto, desde nuestra perspectiva constitucional y jurisprudencial, debemos concluir que la prueba del ADN no puede ser admitida como válida, cuando la decisión de intervención no esté amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y proporcional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación”.

Inicialmente el principio de proporcionalidad fue utilizado para regular ciertas medidas coactivas de los derechos fundamentales, en especial, la prisión provisional. Tarea que fue desarrollándose hasta ser aplicado, actualmente, a todas las decisiones judiciales en que sea necesario limitar los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad establece la forma o los mecanismos necesarios para sopesar el proceso de ponderación de intereses, cuando las autoridades judiciales necesitan realizar acciones tendentes a limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por esta razón, en la doctrina y la jurisprudencia alemana ha sido considerado el contrapeso a estas limitaciones. Como veremos en adelante, la diligencia de análisis del ADN es utilizada para sopesar el interés del Estado en el esclarecimiento del delito, y la posible afectación de los derechos a la integridad física, la privacidad y la intimidad, entre otros.

En términos similares, en Estados Unidos tan pronto como una persona infringe el ordenamiento jurídico reduce las expectativas de disfrutar de su derecho a la privacidad, de forma que a partir de la actuación delictiva por parte de uno de sus ciudadanos el Estado queda legitimado para limitar derechos fundamentales a fin de investigar dichas acciones. En ese sentido los norteamericanos han utilizado la figura jurídica procesal denominada *balancing test* (prueba de ponderación) para realizar ordenadamente los procesos de limitación de libertades individuales, de forma que ponderan la gravedad de las diligencias de investigación con las acciones delictivas cometidas por los infractores a la legislación penal¹⁴¹, lo que en

¹⁴⁰ Cfr. un estudio sobre los orígenes del principio de proporcionalidad en González-Cuéllar Serrano, N., “El Principio de Proporcionalidad en el Derecho procesal español”, p. 23 y siguientes.

¹⁴¹ Sin embargo, Wright, R., “The Civil and Criminal Methodologies of the Fourth Amendment”, *Yale L. J.*, Vol. 93, 1983-1984, p. 1144, establece que: “... los criterios utilizados para realizar el *balancing test* son vacuos, como los intereses de la administración de justicia, recomendando que

la práctica es muy similar al principio de proporcionalidad aunque, como analizamos, por los efectos de la tesis disyuntiva, en muchos casos no es necesaria la autorización judicial.

El *balancing test* es utilizado en la decisión judicial que ordena una medida restrictiva de los derechos fundamentales, resolución que debe tomar en consideración a las siguientes cuestiones: la comisión de una infracción penal o su intento de realización; el registro de la persona o de su propiedad como evidencia del crimen investigado o de la ubicación de la persona; la participación de la persona o la propiedad a ser registrada en el crimen; la existencia de otros métodos de investigación más gravosos o inefectivos, y las circunstancias que justifiquen la búsqueda¹⁴².

El principio de proporcionalidad es aplicado utilizando tres subprincipios o juicios: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad* en sentido estricto, siendo acogidos por la jurisprudencia constitucional española¹⁴³.

tanto en los procesos civiles como en los penales se debe partir de la premisa de causa probable o sospechas”.

¹⁴² De manera específica Blizt, Mark, *Texas Law Review*, Vol. 82, No. 6, mayo de 2004, p. 1448, quien afirma que primeramente hay que determinar si la limitación de los derechos fundamentales se encuentra justificada debido al control social, y en segundo lugar, si esta limitación respeta las mínimas condiciones de privacidad en una sociedad libre y abierta.

¹⁴³ Cfr. Sentencia No. 207/1996 de 16 diciembre. RTC 1996\207 Fundamento jurídico 4.e), M. P.: Vicente Gimeno Sendra, “Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre otras, las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (sentencias 120 de 1990, 7 de 1994 y 143 de 1994), y más en particular las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, las sentencias 37 de 1989, 85 de 1994 y 54 de 1996) que vienen determinadas por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (STC66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones:

El juicio de *idoneidad* consiste en la necesidad de adecuar la medida restrictiva de un derecho fundamental a la consecución de un resultado, razón por la cual se le llama también de adecuación. La decisión judicial de esta diligencia de investigación cumplirá este requisito si virtualmente coopera en el esclarecimiento de un hecho delictivo. Adicionalmente, la medida debe ser coherente entre el fin perseguido y el medio empleado.

El requisito de la *necesidad* consiste en que la diligencia de investigación elegida no puede ser suplida por otra alternativa menos invasiva o restrictiva de los derechos fundamentales que logre el mismo resultado, determinando que no existe medida alternativa para obtener el resultado buscado. En caso de tener que realizar su aplicación, ésta no pueda ser lograda por una medida menos gravosa a los derechos fundamentales.

Una vez cumplidos los requisitos de *necesidad* y *adecuación* es necesario realizar el acto de *ponderación* entre el interés gubernamental en el esclarecimiento del delito, y las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales. En esta fase es utilizado el juicio de proporcionalidad con la finalidad de que la medida ordenada sea equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros valores sociales en conflicto. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha determinado que:

“Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

... aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes¹⁴⁴.

La aplicación del principio de proporcionalidad en el análisis genético debe tomar en consideración, entre otros derechos fundamentales, las posibles vulneraciones al derecho a la integridad física y a la intimidad genética. No obstante, es necesario hacer la salvedad de que el derecho a la intimidad genética puede ser el más vulnerado, puesto que de una muestra biológica se puede extraer la parte codificante, es decir, aquella que, como ya tuvimos oportunidad de analizar, transmite información privada e irrelevante en cuanto a la persecución penal¹⁴⁵.

En los análisis del ADN, los juicios de adecuación y necesidad se cumplen en su totalidad. En cuanto al primero, el logro principal de esta prueba es su capacidad virtual de identificación gracias a las características de universalidad y diversidad del genoma humano. Por su parte, el carácter poco lesivo que supone la intervención corporal en la toma de la muestra biológica hace de esta *la medida más moderada en la consecución del propósito de una investigación (requisito de necesidad)*.

El Tribunal Constitucional Español ha establecido que

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a afirmar el respeto al principio de proporcionalidad en la realización del análisis de ADN del demandante de amparo toda

¹⁴⁴ Ibíd. Sentencia No. 207/1996 de 16 diciembre. RTC 1996\207

¹⁴⁵ En ese sentido, Sentencia No. 1062/2007 de 27 de noviembre. RJ 2007\9354, Fundamento de Derecho 3º, 5º, M. P.: José Antonio Martín Pallín: “Uno de los aspectos que se denuncian es el relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no solo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito”.

vez que: i) su comparación con el obtenido a partir del resto biológico hallado en la manga utilizada por uno de los intervinientes en los hechos delictivos investigados resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de este último (idoneidad); ii) no existía un medio alternativo para comprobar si el demandante había participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad), siendo tales hechos relativos a la llamada violencia callejera de la que el demandante admitió en sus declaraciones policiales ser dinamizador y haber participado en acciones preparando artefactos explosivos caseros con pólvora de pirotecnia, cartuchos de camping gas, gasolina y mecha iniciadora. Aun cuando tales declaraciones no fueron luego ratificadas en el juicio oral y, consecuentemente, el órgano judicial no se sirvió de ellas para formar su convicción (pág. 8 de la Sentencia de la Audiencia Nacional), sí constituían en aquel momento un nexo de conexión del demandante con los hechos investigados; y, iii) finalmente, el modo en el que el análisis del ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto sólo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellos que tan sólo proporcionan datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra, excluyéndose por ello la revelación o puesta de manifiesto de toda característica personal que afectase a la intimidad personal. Es decir, la injerencia en el derecho fundamental consistió en el riesgo de comprometer la intimidad personal del demandante de amparo, riesgo que no llegó a materializarse¹⁴⁶.

En términos similares se han pronunciado algunas Cortes de los Estados Unidos y el TSE, los cuales han interpretado que la intervención que se realiza sobre la persona es tan mínima que ni siquiera se podría establecer que para la realización del procedimiento se haya producido una injerencia en los derechos fundamentales¹⁴⁷. La Corte de Apelación del Noveno Circuito y la Corte Federal de

¹⁴⁶ Sentencia No. 199/2013 de 5 de diciembre. RTC 2013\199, FJ Undécimo. Magistrado Ponente Francisco Pérez de los Cobos.

¹⁴⁷ Desde 1997 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos consideró que en el caso de las intervenciones corporales leves no se violenta el derecho a la integridad física. Cfr. Breihaupt

Maryland, al analizar la toma de muestras biológicas para la posterior extracción del ADN a personas convictas que se encontraban disfrutando de un beneficio penitenciario concluyeron que:

El interés del Estado en tomar muestras del ADN de personas convictas sobrepasa las expectativas razonables de privacidad, debido a lo que representa el nivel de injerencia sobre la persona al realizar la toma de una muestra de sangre o un frotis bucal¹⁴⁸.

Por su parte el TSE ha considerado estas intervenciones corporales tan leves, que erróneamente las asemeja a los registros corporales¹⁴⁹.

El problema principal se encuentra en la aplicación del juicio de proporcionalidad. En el caso específico de las tomas de muestras biológicas para la posterior extracción de perfiles genéticos el legislador ha realizado una ponderación previa, de modo que, como hemos manifestado anteriormente, en los Estados Unidos se permiten estos análisis a personas detenidas policialmente. Ello quiere decir que pueden ser extraídas muestras genéticas hasta por simples controles policiales, en los cuales claramente se ve vulnerado el principio de proporcionalidad. El grado de amplitud en que se mueve este parámetro en el caso de los detenidos permite

vs. Abram (352U.S. 1957), caso en el cual un camión colisionó con un carro en Nuevo México y en el sitio del accidente fue encontrada una botella de whiskey; posteriormente, al hacerle al conductor una prueba se encontró un 17% de alcohol en su sangre, alegando el infractor que le habían sido violados sus derechos a la integridad física. La Corte concluyó que el examen se le había realizado correctamente y que no podía catalogarse de ofensivo, aun para una persona delicada; que la intervención corporal había sido tan leve que el derecho a su integridad corporal no podía declararse violado y, además, que no podía prevalecer sobre el interés de la sociedad la determinación científica del grado de intoxicación alcohólica, el cual es considerado una de las grandes causas de accidentes mortales de tránsito.

¹⁴⁸ Cfr. *Kincade vs. United States*, 379 F.3d 839, n.6 (9th cir. 2004) y *Maryland vs. Raines*, 857 A.2d 19, 43 (Md. 2004).

¹⁴⁹ *Ibíd.* Sentencia No. 803/2003 de 4 junio. RJ 2003\4292, M. P.: Perfecto Andrés Ibáñez.

limitar los derechos fundamentales por simples controles policiales y sin existir indicios que vinculen a los perjudicados con infracciones que se estén investigando, utilizando esta medida de manera desproporcionada por no existir en muchos casos una decisión equilibrada entre el interés gubernamental en el esclarecimiento del delito y la acción cometida por el infractor a la ley penal y manteniendo el perfil genético de manera indeterminada.

En un Estado de derecho es al legislador a quien le corresponde, atendiendo a juicios de proporcionalidad, establecer los procedimientos de limitación de los derechos fundamentales, los cuales solo pueden ser realizados cuando existan indicios ciertos de culpabilidad que recaigan sobre una persona determinada por la comisión de un delito, y siempre y cuando no entre en contradicción con el ordenamiento constitucional en que se amparan estos derechos, de los cuales uno es el principio de proporcionalidad. Por esta razón, no estamos de acuerdo con el sistema de extracción de perfil genético utilizado en el Reino Unido y en algunos Estados de los Estados Unidos y su gobierno federal a personas detenidas policialmente.

Esta situación motivó que la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunciara al respecto en el caso *S y Marper contra Reino Unido*¹⁵⁰, citada en el capítulo I, y que será utilizada frecuentemente en el presente estudio, concluyendo que creo que convendría recordar cuál es la situación que se analiza en este caso

¹⁵⁰ En este caso S era menor de edad cuando registraron su perfil de ADN por una detención ocurrida el 19 de febrero de 2001 por robo con violencia en grado de tentativa, siendo absuelto el 14 de junio de 2001. Por su parte, Marper fue detenido el 13 de marzo de 2011 por acoso a su compañera. Su pareja retiró la demanda y el 14 de junio el asunto se archivó definitivamente. Ambas personas solicitaron que sus huellas dactilares y sus muestras de ADN fueron destruidas, lo que la policía denegó en ambos casos.

... el carácter general e indiferenciado del poder de conservación de las huellas dactilares, muestras biológicas y perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido infracciones pero no condenadas, tal y como ha sido aplicado a los demandantes en este caso, no refleja un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados concurrentes en juego y que el Estado demandado ha sobrepasado cualquier margen de apreciación aceptable en la materia, de ahí, la conservación litigiosa debe analizarse como un atentado desproporcionado contra el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y no puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática¹⁵¹.

Este fallo limita a los Estados Europeos a mantener la información genética en base de datos de personas detenidas y los conmina hacer políticas proporcionales a la hora de toma de muestras biológicas para extracción de ADN¹⁵².

En este orden de ideas, por ser al legislador a quien corresponde determinar las situaciones en que puede ser limitado un derecho fundamental, cada país tendrá la potestad de definir legislativamente en qué forma pueden ser realizados estos procedimientos y en qué situaciones. Así, por ejemplo, en el caso de Alemania, país en el cual se permite extraer material genético por una infracción que apareje condenas de por lo menos un año, el legislador ha realizado el juicio de proporcionalidad de manera legítima y legal, correspondiendo al poder judicial su

¹⁵¹ S y Marper contra Reino Unido de 4 de diciembre 2008. TEDH 2008\104, acápite 125.

¹⁵² Sobre esta situación, Hefferman, Liz, "DNA and Fingerprint data retention: S and Marper vs. United Kingdom", *European Law Review*, 2009, 34 (3), p. 504, establece que S y Marper es un recordatorio a asegurarse de que una extensión gradual de las bases de datos de ADN en los Estados, la cual sin duda incrementa los poderes policiales, no puede infringir los derechos y libertades protegidas de los seres humanos. En términos similares, Ashworth, Andrew, "Human Rights: Fingerprints and DNA samples from unconvicted persons retained", *Cr. L. Rev.*, 2009, 5, p. 356, al analizar el fallo establece que no era posible que personas que no habían sido condenadas, estuvieran siendo tratadas iguales a personas condenadas, al retener las muestras biológicas de manera indefinida. Ello constituye una interferencia desproporcionada con el artículo 8.º de la Convención Europea, lo que no es aceptable en una sociedad que se considere democrática.

aplicación. Esta decisión tiene la misma fuerza que la del legislador francés, en cuyo sistema jurídico se establece la toma de muestras genéticas por infracciones determinadas con cierta gravedad, como por ejemplo, agresiones sexuales y asesinatos, entre otras.

En España el legislador ha optado por dejar esta potestad en manos de un juez, quien la podrá tomar cuando concurren sobradas razones que justifiquen la medida en virtud a lo establecido en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto quiere decir que se parta de la ocurrencia cierta de un delito y que sobre el sospechoso de la comisión existan datos justificados que lo vinculen con el hecho investigado.

En fin, el cumplimiento del principio de proporcionalidad establece la forma y los mecanismos razonables para tomar la decisión de realizar un análisis del ADN. Es menester que los Estados cumplan con estas reglas para poder garantizar a sus ciudadanos una aplicación equilibrada de la ley a la hora de limitar los derechos fundamentales.

6.2.2. Principio de razonabilidad

La legislación española introduce en su normativa la diligencia de investigación del análisis del ADN y establece que este procedimiento podrá ser realizado si se cumple, en adición al principio de proporcionalidad, el de razonabilidad, en los actos de intervención corporal que resulten adecuados para la toma de muestras biológicas para una posterior extracción de perfiles genéticos. Esta legislación otorga rango legal y obligatorio a un principio que ha sido desarrollado

ambiguamente¹⁵³ por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el campo de las intervenciones corporales. En ese sentido, diferentes sentencias del Tribunal Constitucional establecían que en las medidas restrictivas de los derechos fundamentales debía cumplirse el principio de razonabilidad, sin entrar a explicar con certeza en qué consistía¹⁵⁴.

Según Atienza,

... estos conceptos vendrían a ser el resultado de la aplicación, a campos distintos, de un mismo concepto básico, el de razonabilidad. La afirmación de que lo razonable en el derecho es una noción de contenido variable o un valor función, debe entenderse, pues, tanto en un sentido histórico o social (lo que haya que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales) como en un sentido lógico (lo que haya que entender por razonable en cada caso depende –está en función– del campo a que se aplique la noción)¹⁵⁵.

El principio de razonabilidad establecido en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, como condición *sine qua non* para que un juez pueda otorgar autorización para la toma de muestras biológicas con la finalidad de extraer el perfil genético, tiene que ser estudiado en el campo de la teoría de limitación a los derechos fundamentales y

¹⁵³ Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2005, p. 69, quien establece que: “Las razones de esta ambigüedad residen en el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional adscriben múltiples significados a este criterio. De esta manera, no puede hablarse de un significado unívoco y constante del concepto razonabilidad”.

¹⁵⁴ Cfr. Sentencia No. 207 del 16 de diciembre, RTC 1996\207, M. P.: Gimeno Sendra, FJ 4, literal c, donde se establece que se debe cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, explicando detalladamente en qué consiste la proporcionalidad sin establecer cuáles serían los criterios para la razonabilidad.

¹⁵⁵ Atienza, M., “Para una razonable definición de razonable”, *DOXA 4, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1987, p. 189.

en función de las motivaciones que justifican la decisión, pues la motivación es una de las obligaciones legales impuestas a los jueces en sus decisiones. Para establecer el principio de razonabilidad como requisito legal al otorgar autorización judicial en el campo de extracción del ADN, es necesario estudiar los fundamentos o motivaciones que tal decisión plantea en la utilización de medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

Así, la razonabilidad de una decisión judicial debe estar fundamentada en una parte jurídica establecida en el ordenamiento jurídico (razonabilidad jurídica)¹⁵⁶, pues la legislación instituye las pautas o parámetros que justifican estas decisiones y las relaciona con el ordenamiento jurídico en sentido general, haciéndolas obligatorias para la realización de cualquier medida procesal, es decir, la interconexión jurídica que hace que el sistema funcione. Adicionalmente, existe una parte pragmática mediante la cual se determina la viabilidad o no de la medida atendiendo a razones puramente materiales de hecho, o tomando criterios de otras ciencias sociales, siendo evaluadas, por lo tanto, casuísticamente (razonabilidad en sentido general o pragmático).

En el caso español, por mandato legal se tiene que cumplir con las pautas establecidas en el artículo 363.II de la LECrim: la concurrencia de acreditadas razones que justifiquen la obtención de muestras biológicas; la resolución judicial motivada para acordar la obtención de muestras biológicas, y la práctica de la intervención o registro corporal al tenor de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Esta disposición regula y habilita legalmente la medida, pero a su

¹⁵⁶ Iturralde, María Victoria. “Justificación judicial: validez material y razones”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Italia, G. Giappichelli, 2005, pp. 120-121, opina que, frente al razonamiento práctico general, el razonamiento judicial tiene una particularidad: que en el derecho existen limitaciones legales respecto del tipo de razones que pueden darse a favor de una decisión.

vez la relaciona con todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, especialmente con el procesal penal por estar en su ámbito de aplicación, condicionando cualquier decisión en función de este.

Como se puede observar, la determinación de las razones o motivos que justifican la utilización de medidas restrictivas de los derechos fundamentales son las situaciones de hecho, las cuales deben ser deducidas con base en razonamientos lógicos. En la práctica, un razonamiento podría ser el análisis económico de estas pruebas, por los costos que suponen para el Estado; o también la determinación de la gravedad del delito en relación con la medida a tomar y la efectividad en la consecución de un resultado en la investigación.

Lo hasta aquí relatado nos obliga a establecer cuáles serían los requisitos aducidos por un juez para evaluar una decisión unilateral que pueda ser considerada razonable en la limitación de los derechos fundamentales. En efecto, dada la subjetividad presente en la decisión de adoptar estas medidas, es necesario establecer parámetros generales aceptados que permitan considerarlas racionales. La evaluación de una decisión jurídica debe abordar criterios de aceptabilidad racional¹⁵⁷ y, como bien afirma Atienza, estos criterios se cumplen cuando la decisión:

(1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional, (2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y (3) es aceptable por la comunidad¹⁵⁸⁻¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 241, considera que la aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica.

En relación con el primer punto, sobre las situaciones en que se adopta una decisión con características de aceptabilidad racional, generalmente ocurre cuando existen varias opciones al momento de decidir un asunto difícil¹⁶⁰. Sin embargo una disposición en el orden judicial no puede estar fundamentada únicamente por la autoridad que conceden las leyes a los jueces, sino que debe ser tomada según criterios lógicos que la fundamenten, y para ser lógica, debe ser consistente, eficiente y coherente¹⁶¹.

¹⁵⁸ Atienza, M. “Para una razonable definición de razonable”, p. 193.

¹⁵⁹ En contra, Bernal Pulido, Carlos, “El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales” p. 69, quien establece “... esta tesis no es una tesis plausible, por dos razones fundamentales. En primer lugar, debe señalarse que cuando se quiere tomar una decisión razonable, es decir, una decisión que consigna equilibrar las diversas exigencias contrapuestas y que sea aceptable para la comunidad, deben aplicarse los criterios de la racionalidad. La aplicación de estos criterios es esencial para identificar cuáles son los argumentos generalmente aceptados que conducen a una ponderación adecuada y que son capaces de obtener el apoyo del consenso de la comunidad. Semejantes argumentos solo pueden producirse mediante un procedimiento argumentativo regulado por los criterios de claridad, consistencia y coherencia. Por esta razón, los criterios de racionalidad cumplen su función propia incluso cuando se persigue una decisión ‘razonable’. En segundo lugar, no puede negarse que estos criterios en todo caso persiguen fundamentar una decisión que busca “equilibrio entre las exigencias que se contraponen” (esto se refiere, sobre todo, al criterio de coherencia), y que suscite un consenso general. La conclusión es entonces que toda decisión que se toma por medio de los criterios de racionalidad intenta ser una decisión razonable, y que todas decisiones razonables presuponen los criterios de racionalidad”.

¹⁶⁰ En sentido idéntico, Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, p. 26, establece que “... un punto de vista interpretativo está siempre vinculado con un caso difícil. El intérprete puede, por lo menos, elegir entre dos alternativas. Adicionalmente, Atienza, M., “Para una razonable definición de razonable”, p. 194, considera que “Una consecuencia de este requisito de la definición es que la razonabilidad no se plantea con casos claros o rutinarios, sino a propósito tan solo de los casos difíciles (*‘hard cases’*). En principio podría entenderse que un caso es difícil, aplicando criterios de razonabilidad estricta, cuando: a. El caso no tiene solución; b. Tiene una solución que resultaría inaceptable, o c. Tiene más de una solución incompatible entre sí”.

¹⁶¹ Atienza, M., “Para una razonable definición de razonable”, p. 194, establece entre los criterios para determinar que una decisión jurídica sea estrictamente racional, el cumplimiento de los principios de la razonabilidad práctica, a saber: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad”.

De conformidad con el sistema jurídico la consistencia de la decisión judicial se manifiesta en su fundamentación y, adicionalmente, en valoraciones aceptadas de manera racional por los miembros de una determinada comunidad; a su vez, podrá ser catalogada como eficiente cuando su resultado sea aceptado racionalmente por haber sido obtenido con los medios adecuados. Por último, no podrá presentar contradicciones internas, sino que debe ser el resultado de una ponderación que establezca un único resultado y descarte otros posibles (coherencia)¹⁶².

En lo que concierne al segundo criterio, a fin de evaluar una decisión como racional, y que goce de aceptabilidad, debe mantener un equilibrio entre decisiones contrapuestas, lo cual se materializa mediante la ponderación de todos los razonamientos jurídicos y pragmáticos. Desde nuestra óptica, este análisis es elaborado aplicando las reglas del principio de proporcionalidad, de modo que existe una vinculación¹⁶³ necesaria entre este y la razonabilidad, siendo esta última el fundamento del proceso de ponderación.

Finalmente, el resultado de una resolución judicial específica debe tener un cierto grado de aceptación en una comunidad determinada ya que, en principio, será la que logre un mayor equilibrio o, en caso de existir otra solución (al tomar una decisión lógicamente estamos descartando otra), esta debe alcanzar un consenso, si no concluyente, por lo menos amplio.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ Algunos autores consideran esta vinculación estableciendo que la razonabilidad es parte del principio de proporcionalidad, analiza esta situación, Bernal Pulido, “El Derecho de los Derechos”, *ibíd.*, p. 71, “La segunda acepción de la razonabilidad se refiere a una parte del subprincipio de idoneidad. La idoneidad de un acto de un poder público para contribuir a alcanzar un objetivo jurídicamente relevante presupone que tal objetivo exista y que, con base en el segundo significado de la razonabilidad, pueda ser considerado como una razón que justifica el acto”.

En conclusión, el principio de razonabilidad es el fundamento con base en el cual se toma una decisión judicial que limita los derechos fundamentales. Esta autorización debe dictarse atendiendo a criterios de razonabilidad general y jurídica. A su vez, esta decisión debe ser coherente, equilibrada y aceptada por la comunidad. La razonabilidad es la conexión lógica entre la ponderación realizada mediante las reglas del principio de proporcionalidad y el resultado obtenido, el cual deberá gozar de aceptabilidad racional.

7. Análisis de la legalidad y legitimidad de la toma masiva de ADN. DNA dragnets

La toma masiva del ADN a individuos es realizada en investigaciones penales en que se tienen vestigios biológicos recogidos en la escena del crimen (*DNA dragnets* en inglés). En estas prácticas se les solicita a las personas que habitan cerca del lugar del crimen o que tengan alguna relación con él, su consentimiento para extracción de material genético. Paradójicamente, esta práctica se inició con el primer procedimiento de extracción de perfil genético realizado a escala mundial en 1986, en el famoso caso Pithfork, anteriormente comentado; sin embargo, posteriormente este tipo de prueba fue cuestionada constitucionalmente, principalmente, debido a que vulnera derechos fundamentales como la intimidad y la privacidad por su ejecución sobre personas de las cuales no se tiene un indicio cierto de haber cometido una infracción penal, violando el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

La discusión principal de índole jurídica se concentra en si un individuo puede negarse a entregar la muestra biológica, y si esta negativa hace que se convierta en sospechoso, procediendo la policía a solicitar al juez una autorización para tomar la muestra. En la prueba del *DNA dragnets* surgen dos escenarios posibles: en un

primer escenario puede existir una sospecha legítima o una pista que vincule a las personas a quienes se les solicita la muestra biológica para la posterior extracción del ADN; en el segundo no existe sospecha de que un individuo haya participado en la comisión de un delito, por lo que puede negarse a esta práctica. Para analizar ambos escenarios se deberán utilizar las reglas del principio de proporcionalidad y razonabilidad atendiendo a los principios desarrollados anteriormente y, en el caso español, por disposición legislativa tener a lo menos la categoría de sospechoso que analizaremos en el próximo capítulo.

En Alemania, en el caso de un homicidio cometido en la persona de una joven de veinticuatro años fueron encontrados vestigios biológicos sobre el cuerpo de la víctima en la escena del crimen. Algunos individuos declararon haber visto en las inmediaciones de la casa un automóvil de color amarillo, marca Porsche-944, matriculado en Múnich. La policía inició una investigación en contra de todos los propietarios de vehículos con estas características, descartando a todas aquellas personas que por razones de edad o por tener una buena coartada no habían tenido la posibilidad material de cometer el hecho investigado. Posteriormente procedieron a tomar muestras a más de 750 personas que de manera voluntaria cedieron al análisis. Las personas que no dieron su consentimiento fueron consideradas sospechosas de la comisión del delito y se solicitaron autorizaciones judiciales para la toma de las muestras.

El caso fue debatido en el Tribunal Constitucional Alemán (BverfG) el cual estableció que las resoluciones judiciales no eran contrarias a la Constitución por ser acordes con el principio de proporcionalidad, al existir un sospechoso en el

sentido del párrafo 152 de la Ordenanza Procesal alemana¹⁶⁴, artículo que contempla el principio de legalidad procesal, en virtud del cual la fiscalía debe realizar una investigación cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y perseguible, en tanto existan indicios materiales suficientes: “... si las investigaciones ofrecen motivos suficientes, entonces, debe formular cargos”¹⁶⁵. Como se puede observar, la tesis del Tribunal alemán es que al ocurrir un hecho delictivo y existir sospechas posibles sobre un grupo determinado, es obligación del Ministerio Público investigar el hecho delictivo.

Parece ser que España ha optado por una legislación en que se individualiza el sospechoso (arts. 363.2 LECrim y 3.º, num. 1, lit. a) de la Ley Orgánica (LO) 10/2007, de 8 de octubre que regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN), estableciendo como condición *sine qua non* para poder aprobar la obtención de muestras biológicas la concurrencia de acreditadas razones que lo justifiquen. Ello quiere decir que, en principio, debe existir un sospechoso del que se pueda deducir que tiene cierta relación con la investigación que se adelanta; sin embargo, el Juez deberá negar la práctica de estas diligencias cuando no existan vínculos entre la persona y la infracción investigada.

Adicionalmente, los recursos del Estado para investigaciones criminales son limitados y los análisis masivos del ADN comportan cantidades significativas de los mismos, por lo que la realización del ejercicio de la ponderación permite optimizarlos. En la práctica estos análisis no han resultado ser eficientes,

¹⁶⁴ Caso citado por Etxeberría, J., *Los análisis del ADN y su aplicación al proceso penal*, p. 140, al examinar la resolución del 2 de agosto de 1996, NStZ, No. 12, pp. 606-607.

¹⁶⁵ Cfr. Roxin, C. *Tratado de derecho procesal penal*, 25.ª ed. Córdoba, Gabriela E. y Pastor, Daniel R. (trads.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 89.

argumento corroborado en un estudio realizado por el Departamento de Justicia Criminal de la Universidad de Nebraska en Estados Unidos.

En ese estudio se analizaron dieciocho casos de tomas masivas de muestras biológicas en un período aproximado de catorce años (1990-2004), las cuales fueron publicitadas en los principales diarios del país. La conclusión fue que de las más de tres mil personas investigadas, solo una resultó involucrada en una investigación criminal, por lo que, como es obvio, primó la improductividad y la ineficiencia de estas prácticas en la persecución penal¹⁶⁶. Además, en el referido estudio se analizó la situación jurídica de las personas objeto de la práctica, dividiéndolas en tres grupos: los detenidos y no sometidos a la acción de la justicia; los detenidos de los cuales se tenían indicios de haber cometido la infracción investigada, y los condenados, concluyendo que esta prueba fue más eficiente en el caso de las personas sobre las cuales se tenían indicios serios de que habían cometido la infracción.

En Estados Unidos el juez puede autorizar la extracción de muestras biológicas cuando existan sospechas que permitan vincular a una persona con un hecho que está siendo investigado; sin embargo, para poder determinar si otorga esta medida debe ponderar primero los intereses privados de los ciudadanos contra la obligación del Estado de esclarecer delitos (*Balancing test*)¹⁶⁷. Una vez realizada la ponderación racional de los intereses en conflicto, el Juez determina la seriedad de

¹⁶⁶ Cfr. Departamento de Justicia Criminal de la Universidad de Nebraska. Informe “Police DNA Sweeps, Extremely Unproductive”, Walter, Samuel (coord.), septiembre de 2004. En este informe se llegó a la conclusión de que no es viable realizar estas prácticas tomando como parámetro descripciones generales de las personas que van a ser investigadas. Cfr. [<http://www.policeaccountability.org/dnareport.pdf>], consultada el 15 de mayo de 2015.

¹⁶⁷ Sobre esto, cfr. Solove, Daniel, *Information Privacy Law*, Aspen Publishers, 2003, p. 270, que cuando una persona es acusada de uno de los delitos especificados en la legislación, su identidad ha pasado a ser una situación de interés para el Estado y ha perdido la expectativa legítima de privacidad.

la solicitud de la toma de muestras biológicas sobre un individuo pero no sobre un grupo. En ese sentido, debe verificar si la medida es adecuada, necesaria y proporcionada; además, la decisión debe estar basada en criterios racionales, de los cuales uno es el económico.

Una de las ventajas de los sistemas en que es necesaria la autorización judicial es la garantía de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión, puesto que es susceptible de producir un recurso en contra, mientras que en el caso de una decisión policial estas medidas no son objeto de ninguna autoridad judicial competente a las que se les exige cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de sus decisiones y, por ende, las decisiones son tomadas por agentes policiales que no tienen la misma competencia que un juez sobre los derechos fundamentales. Por estos motivos, es clara la ventaja de la autorización judicial sobre los sistemas en donde la policía puede tomar muestras biológicas.

En caso contrario, es decir, ante la inexistencia de un indicio que vincule al individuo investigado con la comisión de una infracción penal, a nuestro juicio, el Estado no lo puede incluir en una investigación hasta tanto no demuestre razonablemente su participación, puesto que de otra forma los ciudadanos serían molestados en sus derechos a la privacidad en investigaciones que no arrojarían un resultado, por decisiones judiciales desproporcionadas e irracionales creando una sociedad de sospechosos que, como analizaremos en el presente estudio, parece ser la tendencia en la expansión del número de personas de las cuales se puede tomar el perfil genético¹⁶⁸.

¹⁶⁸ En términos similares, en Estados Unidos un sector de la doctrina considera que, pese al interés del Estado en el esclarecimiento de infracciones penales, se deben respetar estos derechos fundamentales y realizar procedimientos proporcionales. Cfr. Yeshulas, L., *DNA Dragnet Practices: Are they Constitutional?*, Suffolk J. Trial & App. Advoc, 2003, pp. 133 y ss.

8. Utilización y valor probatorio de la prueba del ADN en el proceso penal

Una vez comprobada la coincidencia del perfil genético de un individuo con una muestra biológica encontrada en la escena del crimen, surgen los siguientes interrogantes: ¿cómo es utilizada la prueba del ADN en los tribunales?, ¿cuál es su valor probatorio?, ¿cuándo puede ser declarada ilícita por violación de derechos fundamentales?

Las altas probabilidades de solucionar casos judiciales mediante la utilización de la prueba del ADN ha provocado la regulación de su uso por vía jurisprudencial en la fase del juicio oral; sin embargo, la prueba del ADN no tiene un carácter absoluto en el procedimiento penal, es decir, no se puede condenar ni absolver atendiendo solo a este instrumento probatorio, por lo que el Juez tendrá que sopesar otras pruebas para llegar a una conclusión cierta sobre un caso determinado.

El perfil genético ha sido considerado por la doctrina como una prueba que infiere indirectamente sobre el hecho investigado; ello, en virtud de que la misma solo puede describir la presencia de un imputado en el lugar de los hechos o su contacto con la víctima¹⁶⁹. A nivel de Tribunales Supremos se ha otorgado el valor de prueba indiciara a las muestras de ADN, las cuales, generalmente, solo son valoradas en razón de la inferencia indirecta que tienen sobre el hecho investigado.

En ese orden de ideas,

... la prueba de indicio corresponde a la técnica de la presunción de hecho (*présomption de fait*) a partir de un hecho conocido, el juez induce hechos desconocidos¹⁷⁰.

¹⁶⁹ En ese sentido, Romeo Casabona, Carlos María y Romeo Malanda, Sergio, “Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal”, p. 43, Etxeberría Guridi, “Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reformada, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, en *LP* No. 4, 2004, consultada el 23 de mayo de 2015.

El TSE, en un caso en que se impugnaba la validez de la prueba del ADN, ratificó su doctrina sobre la prueba indiciaria estableciendo que:

Cuando se trata de la prueba habitualmente conocida como indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida como válida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, remitan al hecho principal u objeto de imputación, que estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, que la inferencia realizada a partir de aquellos sea racional y fundada en máximas de experiencia fiables, y en fin, que cuente con motivación suficiente¹⁷¹.

En este sentido, un solo indicio no es suficiente para llegar a una conclusión de culpabilidad y debe ser corroborado por medio de una prueba que haga inferencia directa sobre el hecho delictivo.

En los Estados Unidos de Norteamérica se ha determinado que, pese a que la prueba del ADN puede ser más fiable que otras, debe ser corroborada con otras pruebas presentadas en el proceso. La mayoría de los tribunales de los Estados miembros de la federación norteamericana han establecido que el ADN, o cualquier otro método científico, no puede ser el único factor para determinar que una persona cometió una infracción penal y, por ende, destruir la presunción de inocencia¹⁷². Lo anterior en virtud de lo establecido en las enmiendas V¹⁷³, VI¹⁷⁴ y

¹⁷⁰ En ese sentido, Garé, T. y Ginestet, C., *Droit Pénal, Procédure Pénale*, Dalloz, 5.^a ed., París, 2008, p. 233, consideran que el manejo de esta prueba es muy importante, como su dominio, y sirve para medir el desarrollo de las ciencias y de las técnicas. Por esta razón, todo puede ser indicio: pruebas materiales como una huella digital o genética, un objeto encontrado utilizado para la comisión de la infracción, etc.

¹⁷¹ Cfr. Sentencia No. 803/2003 de 4 junio. RJ 2003\4292, M. P.: Perfecto Andrés Ibáñez.

¹⁷² En este sentido Blakesley, C. “La Preuve Pénale et des Tests Génétiques. United States Report”, *Am. J. Comp. Law Supp.*, Vol. 46, p. 639, establece que “pese a la prueba del ADN ser más creíble que otras, tiene que ser corroborada con pruebas adicionales”.

XIV¹⁷⁵ de la Constitución de los Estados Unidos que preservan, en sentido general, la presunción de inocencia.

En este orden de ideas, el análisis de la huella genética “contiene tan sólo una afirmación estadística, que no torna innecesaria la apreciación de todas las circunstancias probatorias”¹⁷⁶; en suma, solo tiene importancia como prueba indiciaria y no concluyente de un proceso judicial determinado. Lo que quiere decir que deben ser demostrados todos los hechos con la finalidad de romper la presunción de inocencia sobre el inculpado y no basarse únicamente en la prueba del ADN.

¹⁷³ La V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

¹⁷⁴ La VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del Distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”.

¹⁷⁵ El numeral 1 de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos establece que “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

¹⁷⁶ Roxin. *Derecho procesal penal*, p. 291,

8.1. Debates sobre la utilización de la prueba genética en un proceso judicial

Los principales argumentos utilizados para declarar inadmisibles o ilícitas las pruebas genéticas son de carácter técnico, e incluyen los métodos de recolección de las muestras biológicas, la cadena de custodia y el análisis del ADN, así como aspectos procesales-constitucionales por posibles vulneraciones a derechos fundamentales. En sentido general, en ambas situaciones lo importante es determinar si el análisis de la prueba de ADN ha sido realizado en debida forma o violentado los derechos fundamentales.

En la siguiente sección se analizará la desnaturalización del uso de la prueba genética en un proceso penal, cuando la misma es obtenida de manera ilícita, así como la pérdida de eficacia en la persecución penal por parte de las autoridades que obtienen e incorporan una prueba ilícita al proceso¹⁷⁷.

8.1.1. Aspectos técnicos, admisibilidad de la prueba del ADN

La extracción errónea de un perfil genético por laboratorios forenses y la contaminación de una muestra biológica recogida de la escena del crimen han tenido efectos adversos en su uso en la fase del juicio oral. En lo que se refiere a los errores en el análisis del ADN en organismos oficiales o privados podemos encontrar, entre otros, un mal etiquetamiento o el uso de instrumentos no esterilizados para realizar los procedimientos.

¹⁷⁷ Bien lo afirman Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid: Civitas, 2001, cuando establecen que “La prohibición de que una prueba traída al proceso, mediante el menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es, de hecho, el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal, resultado de acentuar el carácter acusatorio de nuestro proceso penal y convertirlo, cada vez más, en un proceso garantista: son los derechos fundamentales los que prevalecen”.

Por su parte, en la recolección de vestigios biológicos se pueden producir mezclas de muestras biológicas pertenecientes a seres humanos diferentes y contaminación por una mala práctica policial. Un ejemplo de error humano ocurrió en el Estado de California: en un laboratorio forense fueron cambiadas accidentalmente las referencias contenidas en las etiquetas de las muestras de la víctima con las del supuesto infractor, lo cual produjo una interpretación errónea del propio ADN de la víctima en el examen de una muestra vaginal¹⁷⁸.

Una prueba de ADN mal realizada debe ser declarada inadmisibile en la fase del juicio oral; no se le puede otorgar un valor inferior, o siquiera valorarla a los fines de motivación en la convicción, porque eso atentaría contra la presunción de inocencia. En tal sentido, si una prueba ha sido tomada en forma deficiente, o manipulada de manera errónea en un laboratorio forense, carecerá de validez, puesto que no ofrece una información fiable sobre el infractor, provocando que no le pueda dar siquiera un valor inferior.

En Estados Unidos, a nivel estatal, diferentes Cortes Supremas se han pronunciado sobre la admisibilidad o no de la prueba del ADN cuando existen errores en su realización. Así, la Suprema Corte del Estado de Arizona declaró que:

... debido a la complejidad de los procesos en la toma de muestras biológicas para la posterior extracción del perfil genético, el factor del error humano y otros problemas técnicos suponen una alta probabilidad de obtener resultados no fidedignos haciendo inadmisibles estas pruebas si se cometiese algún crimen¹⁷⁹.

En 1997, la Suprema Corte del Estado de Maine estableció que:

¹⁷⁸ Para un estudio amplio sobre los posibles errores en los análisis del ADN cfr. Blakesley, C. "La Preuve Penale et des Tests Genetiques. United States Report", cit., p. 611.

¹⁷⁹ Cfr. *Arizona vs. Bible*, 858 P.2d 1152, 1180 (1993).

... los errores en el procedimiento y controles que tienen que ser realizados por los laboratorios deben incidir directamente en la admisibilidad de estas pruebas; las teorías del ADN son científicamente fidedignas si son realizadas de conformidad con estándares de calidad y control por los laboratorios¹⁸⁰.

Por su parte, la Suprema Corte del Estado de Indiana proclamó que: “Los resultados de los análisis del ADN no son palabras mágicas, las cuales una vez realizadas, abren las puertas a su admisibilidad”¹⁸¹.

En sentido general, en estos procedimientos erróneos de recolección de vestigios biológicos en la escena del crimen se violenta la garantía constitucional del debido proceso de ley, el cual se inicia con la cadena de custodia, que es el procedimiento estándar que regula la toma de muestras biológicas, garantizando, desde una etapa anterior, el debido proceso en sí y la presunción de inocencia.

En ese orden de ideas, esta garantía se debe respetar en etapas previas a los procedimientos y se manifiesta desde el proceso mismo de la investigación. Así, las pruebas recogidas para el esclarecimiento del delito deben cumplir con ciertos requisitos que garanticen su validez y su autenticidad al presentarse ante los tribunales penales. En caso de que sean tomadas de manera irregular, no podrán surtir efectos jurídicos, ni ser validadas por un tribunal, pues la contaminación en su recolección no es una simple nulidad de forma sino de fondo, ligada a derechos fundamentales,

No obstante, dicha solicitud debe ser realizada en momentos procesalmente oportunos, principalmente cuando la muestra indubitada sea comparada con una

¹⁸⁰ Cfr. *State vs. Fleming*, 1997 Me. 158, 1997.

¹⁸¹ Cfr. *Jervis vs. State*, 672 N.E.2d 875, 880 (Ind.1997).

muestra tomada de una base de datos que tiene su propio sistema de cancelación o modificación de registros, en virtud a lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

El TSE se ha pronunciado sobre la situación anterior, en la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, No. 880/2011, de 26 de julio, Magistrado ponente Julián Sánchez Melgar, estableció lo siguiente:

Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación. Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción *iuris tantum* que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción.

En fin, los aspectos técnicos en la toma de las muestras biológicas, exámenes genéticos y perfiles conservados en la base de datos de ADN deben ser realizados mediante procedimientos de calidad, estandarizados entre laboratorios para evitar nulidades o irregularidades en las pruebas de ADN.

8.1.2. Aspectos relacionados con los derechos fundamentales y la prueba del ADN

La prueba del ADN puede ser declarada ilícita si en su práctica se vulneran los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho de defensa, la integridad física, la intimidad y el derecho a no declarar contra sí mismo. En diferentes tribunales estos derechos han sido alegados con la finalidad de declarar ilícitas las pruebas pasando el filtro constitucional.

En lo que concierne al derecho de defensa, lo primero a resaltar es la necesidad de asistencia letrada cuando el imputado en estado de detención preste su consentimiento para la toma de muestras biológicas y posterior extracción de perfil genético. El TSE ha sido reiterativo en que el consentimiento debe ser con la asistencia de un letrado, y este consentimiento actuará como legitimación de la injerencia estatal¹⁸². La asistencia letrada para personas detenidas tiene su significado constitucional en “los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24.2 CE)”¹⁸³.

No obstante lo anterior, la Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en fecha 24 de septiembre de 2004, mediante un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, decidió que:

¹⁸² Sentencia No. 685/2010 de 7 de julio. RJ 2007\7322, M. P.: Marchena Gómez, FJ 2.1, “Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras”. En términos similares sentencia No. 709/2013 de 10 de octubre. RJ 2013/8008, (ponentes Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 1º; Sentencia No. 948/2013 de 10 de diciembre. RJ 2013\8346, M. P.: Conde-Pumpido, FJ 3.º.

¹⁸³ Cfr. Sentencia No. 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251, M. P.: Marchena Gómez, FJ 4º.

El consentimiento para la toma de muestras biológicas encaminadas a la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justifico la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a parte del ADN no requiere la asistencia letrada.

Esta disposición no la compartimos, pues este perfil genético podría ser utilizado para posteriores casos y por ende atentar contra al derecho de defensa, pese a que, en principio, el ordinal 2º de dicho acuerdo otorga los derechos a rectificación, cancelación y eliminación consignados en la ley 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificación obtenidos a partir de ADN. Entendemos que es en ese momento en el que debe estar informada la persona objeto de la prueba genética. Sobre este punto volveremos en el Capítulo IV cuando analicemos el modelo voluntario de las Bases de Datos de ADN.

El derecho a no declarar contra sí mismo se encuentra consagrado en la mayoría las constituciones y pactos internacionales sobre los derechos humanos, y en ese sentido, en algunos tribunales de Estados Unidos se ha solicitado la ilicitud de la prueba genética por violentar este derecho a no-auto incriminación, el cual se encuentra consagrado en la Quinta Enmienda de su Constitución. Los tribunales norteamericanos han concluido que los análisis del ADN no tienen efectos comunicativos, estableciendo que este derecho es para expresiones orales con características testimoniales y no para pruebas en las cuales de manera aleatoria se determina la responsabilidad penal de un individuo¹⁸⁴.

¹⁸⁴ En la sentencia *Schmerber vs. California* 384U.S. 757 (1966), una persona que tuvo un accidente fue trasladada a un hospital; en el camino el policía que realizó el traslado le solicitó a las personas que atendieron médicamente al infractor que le tomaran una muestra de sangre para determinar el grado de alcohol, a lo cual ésta se negó. La Corte Suprema declaró que, pese a que el análisis de la sangre es un producto incriminatorio de compulsión estatal, no fue un

En España, el derecho a no declarar contra sí mismo también ha sido invocado ante el Tribunal Constitucional en situaciones en donde se han realizado pericias para detectar el grado de alcohol de una persona. El TC ha establecido que

... el deber de someterse al test de alcoholemia no puede ser considerado contrario al derecho a no declarar: no obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido que admita su culpabilidad: sólo obliga a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia¹⁸⁵.

La parte pericial de la prueba genética se asemeja al test de alcoholemia, razón por la cual esta doctrina también podría ser aplicada en España, en caso de ser cuestionado constitucionalmente el test del ADN. Esta ha sido la posición del TSE quien ha establecido lo siguiente:

La prueba de ADN, incluso con anterioridad a la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, que acabó con la pre vigente situación de anomia legislativa, no implica, desde luego, una exigencia de autoincriminación. En palabras del TC, ‘... las pruebas de detección discutidas –se está refiriendo a las pruebas de precisión alcoholométrica–, ya consistan en la expiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden

testimonio, ni siquiera una evidencia relacionada con algún acto comunicativo, razón por la cual no se le violentaron sus derechos consagrados en la Quinta Enmienda. Amparada en esa decisión la Corte de Apelación del Décimo Circuito descartó un argumento en contra de la toma del ADN a convictos, en el caso *Boling vs. Romers* (101F.3d1336, 1340, 10th circuito 1996), declarando que la toma de muestras del ADN no es de naturaleza testimonial.

¹⁸⁵ Cfr. Sentencia No. 161/1997 de 2 de octubre. RTC 1997\161, FJ. 4º (M.P. Carles Viver Pi-Sunyer).

catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente”¹⁸⁶.

La naturaleza híbrida de la prueba del ADN incide directamente sobre dos derechos fundamentales para su práctica: en primer lugar, la integridad física, cuando es realizada la intervención corporal leve, y en segundo término puede vulnerarse la intimidad por el carácter íntimo de la información que suministra el ADN.

En principio, el derecho fundamental a la integridad física no se vulnera si la muestra biológica se toma de una forma que represente un grado mínimo de intervención en el individuo. En la práctica es común que estas diligencias de investigación se realicen con técnicas que suponen una mínima intervención, como, por ejemplo, el perfil genético, que generalmente es extraído de un frotis bucal. El TSE ha rechazado la petición de ilicitud de esta prueba por supuesta vulneración a este derecho al considerar que la intervención corporal es mínima¹⁸⁷. En lo que se refiere al derecho a la intimidad, esta petición también ha sido rechazada en los tribunales porque, en principio, la parte que se utiliza en estos procedimientos es la no codificante del ADN¹⁸⁸, razón por la cual podemos

¹⁸⁶ Sentencia No. 151/2010 de 22 de febrero. RJ 2010\1423, M. P.: Marchena Gómez, FJ 3.

¹⁸⁷ Sentencia No. 803/2003 de 4 junio. RJ 2003\4292 (M. P.: Perfecto Andrés Ibáñez), considera que: “En una primera aproximación, podría ser calificada de intervención, si bien es cierto que no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno y, ni siquiera, incomodidad al concernido. Así, tanto por el modo de su realización como por la incidencia práctica en el afectado sería más bien asimilable a las inspecciones y registros corporales, siempre que dado que no incide en partes íntimas del cuerpo, lo hiciera de manera estimable en la privacidad”. También en la sentencia No. 151/2010 de 22 de febrero. RJ 2010\1423 (M. P.: Marchena Gómez), FJ 3.

¹⁸⁸ *Ibíd.* “Cuando la indagación se produce con fines exclusivos de identificación, descartando cualquier otra posibilidad, la injerencia en el ámbito íntimo es prácticamente inexistente, ya que el resultado de la prueba es asimilable al que pudiera obtenerse por cualquier otro procedimiento de los que permiten identificación fiable. Concluyendo que en el caso de la sentencia no

concluir que este derecho sería violentado solo si se utilizara la muestra tomada para otros fines que no fueran los de persecución criminal, situación que ha ocurrido en el Reino Unido¹⁸⁹; sin embargo, no se puede considerar violentado este derecho cada vez que el perfil genético sea extraído.

Un último problema que puede ser objeto de las reglas concernientes a las pruebas ilícitas es el de los análisis del ADN practicados sobre muestras biológicas obtenidas de sospechosos de forma subrepticia. En estos casos se obtienen perfiles genéticos de muestras biológicas encontradas en las escenas de crímenes que están en investigación y que no han sido comparados con los de su titular por no tener una muestra biológica. Por este motivo, las autoridades policiales en el proceso de investigación toman vestigios biológicos dejados de forma espontánea por personas que están siendo investigadas. Como se mencionó en otro aparte, los restos son adquiridos de colillas de cigarrillos, pelos, esputos, restos de saliva dejadas en vasos, etc.

Finalmente, el Tribunal Supremo español ha considerado que los restos orgánicos expulsados libremente por el inculpado pueden ser tomados por las autoridades

representó una intromisión relevante en el ámbito de la integridad física y tampoco en el de la intimidad. Entendemos que esta opinión es contradictoria y que precisamente el peligro no está en el perfil genético el cual es simplemente un Código, sino en las muestras que pueden ser utilizadas para otros fines distintos”.

¹⁸⁹ En el Reino Unido el Servicio de Ciencias Forenses admitió en 2005 que en cinco ocasiones al año, desde que se inició en 1995 el almacenamiento de datos en las bases, se han aprobado proyectos de investigación con finalidades diferentes a la investigación de infracciones penales, sin especificar que, fuera de las muestras o de los perfiles almacenados en los sistemas informáticos, por lo menos dos de los experimentos conducidos por esta institución para identificar los individuos están fundamentados en bases étnicas o familiares. Lo que ha llevado a la organización Gene Watch a establecer que nada previene que en un futuro sean realizadas investigaciones tendientes a temas controversiales como los genes de la criminalidad. Al respecto, Cfr. Staley, Kristina, “Human Rights and Privacy”, *The Police National DNA Database*, No. 31, Gene Watch UK, p. 5.

policiales por ser simples medidas de control¹⁹⁰. Estas diligencias son realizadas por puro azar y a la vista de un suceso totalmente inesperado, sin necesidad de autorización judicial por no tenerse que realizar una intervención corporal. Además, en estas medidas no se ejerce coerción alguna y los resultados son aleatorios. A nuestro juicio, la decisión de este Tribunal es acertada, pues nadie tiene derecho a no ser investigado y las autoridades se legitiman en sus acciones por la obligación legal del esclarecimiento del delito.

9. Conclusiones

1. La naturaleza jurídica del análisis del ADN es *sui generis* y su ubicación sistemática procesal varía dependiendo de si es realizada a un individuo o a un resto biológico recogido en la escena del crimen. En el caso de que sea realizada sobre una persona su ubicación sistemática será híbrida, por ser necesaria, en un primer momento, una intervención corporal leve para obtener una muestra biológica y en segundo lugar, una pericia, en un laboratorio forense, para la extracción del perfil genético. Por su parte, el análisis genético de un vestigio biológico es una diligencia de investigación con características periciales.

2. Los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados en estos procedimientos son la integridad física, la privacidad y la intimidad, específicamente, la genética. Por las características de tales derechos, el procedimiento penal ha establecido reglas formales y materiales para su realización. En este sentido, son requisitos formales la habilitación legal y la autorización judicial. Por su parte, son requisitos materiales los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

¹⁹⁰ Cfr. Sentencia No. 1311/2005 de 14 de octubre. RJ 2005\8072, M. P.: Martín Pallín.

3. Siempre que es realizada una prueba genética debe cumplirse el requisito formal de habilitación legal, debido a los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados en este proceso. Sin embargo, la necesidad de autorización judicial varía, otra vez, en función de si es necesaria una intervención corporal. En este sentido, los vestigios biológicos recogidos de la escena del delito pueden ser analizados genéticamente sin autorización judicial, principalmente para evitar la contaminación de la prueba y garantizar el cumplimiento de la cadena de custodia, al tener que establecer en el atestado policial, la forma en que es recogida. Mientras que si es realizada sobre un individuo, siempre será necesaria la autorización judicial para efectuar una intervención corporal, salvo que el objeto de investigación se haya desprendido involuntariamente del cuerpo humano o se otorgue su consentimiento para ello. Esta autorización debe dictarse cumpliendo con las reglas del principio de proporcionalidad y de razonabilidad.

4. En el ámbito del proceso penal los principios de proporcionalidad y razonabilidad tienen finalidades diferentes pero relaciones conexas. En este sentido, el primero se refiere a la parte ejecutiva mediante la cual se ejecutan las medidas restrictivas de derechos fundamentales, principalmente por la aplicación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, siendo el mecanismo mediante el cual se realiza la ponderación entre la necesidad de investigar y esclarecer delitos por parte del Estado y los intereses de los particulares en que se les respeten sus derechos y libertades individuales. Mientras que el principio de razonabilidad es el fundamento, motivación o base en que se toma una decisión judicial, la conexión lógica entre la ponderación es realizada mediante las reglas del principio de proporcionalidad y el resultado obtenido con la misma (aceptabilidad racional), la cual se manifiesta en la autorización judicial,

que debe ser tomada sobre la base de razonamientos generales que incluyan la parte jurídica.

5. La diligencia procesal de investigación del análisis del ADN no presenta inconvenientes en cuanto a posibles vulneraciones a los derechos fundamentales. La mínima intervención utilizada en estos procedimientos y su uso solo con fines de identificación en una investigación hace que se cumplan a cabalidad los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Principalmente, por la eficacia de este medio probatorio en la identificación y discriminación de responsables penales.

6. La prueba del ADN no puede ser considerada suficiente para condenar a una persona. Se trata de un indicio que tiene que ser completado con el conjunto de circunstancias concurrentes, por lo que de ser la única prueba que repose en el expediente el resultado del proceso debería ser una sentencia absolutoria.

7. Otra situación a resaltar es que una mala recolección de la prueba genética en lo que concierne a la muestra biológica, el análisis pericial del ADN y su inscripción en una base de datos pueden dar lugar a su nulidad. Sin embargo, debemos señalar dos situaciones: la primera es la relacionada con la declaratoria de nulidad de una prueba realizada inadecuadamente para ser comprobada con otra; y la segunda una prueba de ADN extraída correctamente para ser comprobada con un perfil almacenado en la base de datos. En la primera situación estaremos en presencia de una prueba ilícita por violación a la cadena de custodia, mientras en la segunda para declarar su invalidez deberá acudirse a la rectificación o cancelación de los datos en la base de datos de ADN alegándola en el tiempo oportuno procesal.

8. Por último, la fase de investigación procesal debe distinguirse del almacenamiento del perfil genético, pues en la primera la finalidad es identificar a un presunto responsable o descartar un sospechoso, agotándose la medida de investigación con su realización, mientras que en el segundo, el Estado conserva información genética para ser utilizada en futuras investigaciones de delitos.

Capítulo III

Naturaleza jurídica del almacenamiento estatal de información genética, ¿Consecuencias accesorias o gestión del delito?

Capítulo III

Naturaleza jurídica del almacenamiento estatal de información genética, ¿Consecuencias accesorias o gestión del delito?

El ADN del presunto asesino de Eva Blanco coincide con el del cuerpo¹⁹¹.

La Guardia Civil ha confirmado a primera hora de esta tarde que el ADN de Ahmed Chelh, de 55 años y presunto autor del asesinato de Eva Blanco en Algete en 1997 coinciden con el hallado en el cuerpo de la víctima. *El presunto criminal fue detenido el pasado día 1 de octubre en la localidad francesa de Besançon* por agentes de la gendarmería francesa tras cursar una orden europea de arresto de la titular del juzgado número 4 de instrucción de Torrejón de Ardoz.

Ahmed Chelh pasó la tarde del viernes a disposición del juzgado instructor y se negó a declarar, por expreso consejo de su abogado. Este le fue nombrado de oficio horas antes de ser trasladado ese mismo día desde el país francés. A lo que no se negó el supuesto asesino fue a que se le tomara saliva para que realizaran el cotejo de ADN con los restos de semen hallados en el cuerpo de Eva Blanco, la joven de 17 años que murió tras ser repetidamente acuchillada en la espalda y después de ser, presuntamente, violada.

Los especialistas del Laboratorio Central de Criminalística de la Guardia Civil, con sede en la calle de Guzmán el Bueno, han realizado esta mañana el análisis con carácter urgente y la coincidencia es total, según fuentes del instituto armado, lo que refuerza la tesis de los investigadores de que Chelh es el autor material de la muerte de Eva Blanco.

Los investigadores llegaron a Chelh a través del cotejo de pruebas de ADN de otras personas residentes en Algete en 1997 y que eran de origen magrebí. Este dato lo facilitó la Universidad de Santiago de Compostela tras analizar el ADN hallado en el cuerpo de

¹⁹¹ El País, 13 de octubre de 2015. Disponible en [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/10/13/madrid/1444745190_929614.html], consultada el 10 de noviembre de 2015.

Eva Blanco y someterlo a un estudio genético en profundidad. Cuando los investigadores de homicidios llegaron a la prueba 90 localizaron al hermano de Chelh, cuyo ADN arrojó una coincidencia del 97%. Eso ocurrió a finales de agosto. Después pidieron la colaboración de otro hermano de Chelh cuyo resultado fue el mismo (un 97%). A través de la colaboración internacional, los agentes de homicidios localizaron al supuesto homicida en una localidad francesa (Pierrefontaine), muy cerca de la frontera suiza. Con estos datos la titular del juzgado instructor trasladó la orden de detención a las autoridades francesas, que le detuvieron un día antes de lo previsto ante el riesgo de que, tras pasar una entrevista de trabajo a la que estaba citado, pudiera huir al extranjero.

Para la nación española esta noticia resulta trascendental. El caso de Eva Blanco llevaba 18 años en investigación por los cuerpos de seguridad del Estado y, gracias a haber recogido una huella biológica en el cuerpo de la víctima, el caso ha podido ser esclarecido. A partir de este ejemplo, a continuación procederemos a analizar la naturaleza jurídica de la conservación del perfil genético en bases de datos del Estado, sus finalidades y sus diferencias con respecto a otras consecuencias jurídicas del delito, para, finalmente, examinar los efectos de estas medidas en las personas a las que les son realizadas.

1. Naturaleza jurídica de la inscripción de perfiles genéticos en bases de datos con fines policiales. “Las consecuencias accesorias”

En nuestra opinión, el almacenamiento de perfiles genéticos puede ser conceptualizado como una medida de control o reforzamiento del cumplimiento de la ley (“*enforcement*”¹⁹²) en personas que el ordenamiento jurídico asume como

¹⁹² En el presente estudio la palabra *enforcement* es utilizada como verbo sustantivado (infinitivo). En ese sentido, la acepción es dar fuerza o efecto al derecho o compeler a su obediencia; al respecto cfr. *Black’s Law Dictionary*, 8.ª ed., West Publishing Co., USA, 2004, p. 569: “Enforce, *vb.* 1. To give force or effect to (a law, etc.); to compel obedience to”.

peligrosas¹⁹³ por haber cometido delitos y tener la propensión a volver a delinquir (reincidir)¹⁹⁴. Esta medida restringe derechos fundamentales como la privacidad, la intimidad y la protección de datos personales. La información genética se almacena para ser utilizada en la investigación de infracciones no esclarecidas o futuras, y con finalidades preventivas de índole policial o control sobre determinado grupo poblacional¹⁹⁵.

Como medida administrativa el almacenamiento de perfiles genéticos es una actuación *sui generis*, pues no es impuesta por la Administración Pública sino por una sentencia penal, con miras a que los datos puedan ser utilizados por los cuerpos de seguridad del Estado en futuras investigaciones. En principio su fundamento es la peligrosidad de los individuos que delinquen, y su finalidad reforzar en ellos su percepción acerca del cumplimiento de la ley para evitar que reincidan, aunque, como veremos en el presente estudio, actualmente distintas naciones permiten en sus legislaciones sobre bases de datos insertar los perfiles genéticos de personas detenidas policialmente.

¹⁹³Cfr. SLOBOGIN, C. “A Jurisprudence of Dangerousness.”, *Northwestern University Law Review*, vol. 98, No. 1, 2003, cit.

¹⁹⁴ En nuestra opinión, una base de datos de ADN circunscrita a personas que cometen delitos es limitada y vulnera principios del derecho como la igualdad, lo que analizaremos en la toma de postura del presente estudio.

¹⁹⁵ CAMPBELL, L. “A rights-based analysis of DNA retention ‘Non conviction databases and the liberal stated’”, en *Crim. L. R.* 2010, 12, p. 896: “... las bases de datos de ADN entran en una categoría de retener información de masas poblacionales a escala de ciertas categorías de personas bajo la premisa de que poseen un riesgo”.

El registro de perfiles genéticos puede ser enmarcado en la denominada tendencia del derecho penal de la seguridad¹⁹⁶. Y en cierta forma hasta de tercera velocidad¹⁹⁷, al tratarse de medidas que tienen por finalidad el aseguramiento cognitivo en las personas sobre las que recae, principalmente por no tener una naturaleza similar a las penas, sino actuar como un refuerzo o condicionante en las personas para que obedezcan el derecho y se disuadan de reincidir en actividades ilícitas.

Este parece ser el sentir de la reforma al Código Penal español del año 2015, cuando en el artículo 129 bis consagró la obligación de que, con respecto a las personas condenadas

... por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y

¹⁹⁶En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Tiempos de Derecho Penal”, Montevideo-Buenos Aires, Editorial *BdeF*, 2009, p. 40: “[...] es preciso concluir que, tras dos siglos de trabajo sobre el derecho penal de la culpabilidad, ahora es el turno del derecho penal de la seguridad. Que sea también una *ultima ratio* y que respete los derechos y libertades del afectado depende, en buena medida, del trabajo académico”.

¹⁹⁷Esta definición es adelantada por SILVA SÁNCHEZ, J. M. en *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 164: “Ahora bien, si lo característico del enemigo es el abandono duradero del derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de penas. El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, y, finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad”.

la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial.

Esta modificación al Código Penal español insertó sistemáticamente el almacenamiento del perfil genético en la sección dedicada a las Consecuencias Accesorias del Delito. Es a partir de allí que debemos analizar su naturaleza jurídica. También establecer las características que distinguen las mismas de otras consecuencias jurídicas del delito como son las penas y las medidas de seguridad.

Adicionalmente y con pocos días de diferencia, la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia, en la sección final decimoséptima ordenó la creación del registro de delincuentes sexuales. Este sistema se forma con los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que se incluyen la agresión y el abuso sexual, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución y la explotación sexual, además de la corrupción de menores.

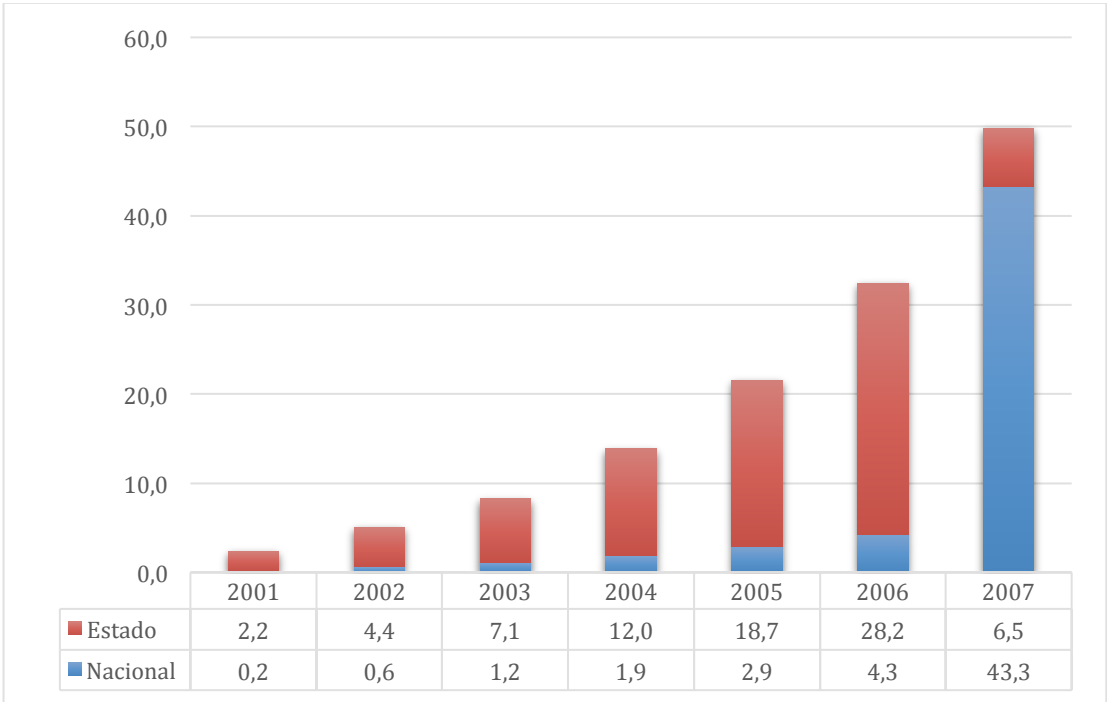
Ambas legislaciones tienen una fuente de destinatarios específicos: delincuentes considerados peligrosos por haber cometido ilícitos de cierta gravedad. De esa forma se inició el proceso de almacenamiento de información genética en países como Reino Unido y Estados Unidos, ampliándose posteriormente a personas que hayan cometido delitos menores o que simplemente sean detenidas con fines de investigación. Esto último, sin importar el sometimiento o no a la acción judicial, y basado en el argumento utilitarista de que, a medida que las bases de datos contengan más perfiles genéticos, mayor será la probabilidad de esclarecer delitos mediante estos sistemas informáticos.

Como se puede observar en la siguiente gráfica, en Estados Unidos se intensificó el almacenamiento de información genética, a la vez que el sistema se hacía más laxo en cuanto a las personas afectadas por dichas medidas. En ese orden de ideas, para el año 2000 la mayoría de los Estados de Estados Unidos realizaron modificaciones en sus sistemas jurídicos para permitir la inserción en el sistema de la información genética de personas arrestadas.

Gráfica 1

Registro de perfiles genéticos (CODIS).

Valores en miles (2001-2007)



Fuente: Federal Bureau of Investigation (FBI). Disponible en [www.fbi.gov], consultada el 21 de noviembre de 2015

Adicionalmente, el registro de información genética es una intervención legitimada al Estado. Su ubicación sistemática en las consecuencias accesorias del delito

permite que los hechos que motivan la inserción del perfil en la base de datos sean analizados por otras ramas jurídicas, o con criterios adicionales al derecho penal, en especial el derecho administrativo policial. En este caso, una medida de carácter policial que haga a la persona afectada cumplir (*enforcement*) la ley al observar que tiene mayores probabilidades de ser investigada en caso de reiteración delictiva, y por ende, ser capturada por el sistema de justicia penal en aras de proveer el Estado a sus ciudadanos mayor seguridad¹⁹⁸.

El ejercicio de un derecho fundamental por un ciudadano no necesita justificación alguna, sino que, por el contrario, la limitación debe ser justificada¹⁹⁹. En este sentido, el artículo 9.º De la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece que:

... con la finalidad de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber imperiosa necesidad a ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

¹⁹⁸Bien lo afirma, HASS.EMER, W. “El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en L. REYNA ALFARO y S. CUAREZMA TERÁN (dir.). *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires y Montevideo, Editorial B de F, 2008, pp. 186 y 187: “El Estado no se comporta más como en la clásica tradición de Europa Occidental, es decir, como un Leviatán o como un ente amenazante de los derechos civiles, donde los derechos fundamentales funcionaban como derechos de defensa frente a su poderosa interferencia, sino más bien como una institución que se pone del lado del ciudadano y garantiza su seguridad frente a las amenazas que lo acongojan. Con ello el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel, de una amenaza a los derechos individuales se ha convertido ahora en garante de la seguridad”.

¹⁹⁹Un estudio sobre los distintos sistemas de limitación de derechos fundamentales y su protección en relación con el subsistema jurídico penal puede verse en BACIGALUPO, E. *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 13 y ss.

Ello quiere decir que la limitación de derechos fundamentales, como en este caso la medida de registrar perfiles genéticos en bases de datos, en principio solo podrá ser realizada como medida excepcional y en caso de existir necesidad. En términos similares, en el ámbito europeo la Recomendación 1 (1992) establece que solo se podrán conservar los resultados del análisis del ADN, y la información derivada del mismo, cuando la persona interesada haya sido condenada por delito grave contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas.

En la práctica ambas disposiciones legales han sido relegadas o han entrado en desuso. En ese orden de ideas, los Estados han hecho caso omiso de la misma al permitir en sus legislaciones insertar en los registros de ADN perfiles de personas condenadas por delitos menores, e incluso, de personas arrestadas. Esta situación hace que esta clase de registro cree desigualdad en el sistema y por ende atente contra los derechos fundamentales de las personas afectadas como analizaremos en la toma de postura en el Capítulo IV.

2. Los registros de delincuentes sexuales y el ADN

Los registros de delincuentes sexuales fueron creados en Estados Unidos en virtud de la Ley Megan, denominada así debido a que en el año 1994 fue violada y asesinada una niña de nombre Megan Kanka por su vecino, quien había sido condenado anteriormente en dos ocasiones por delitos similares. La historia criminal de la persona que asesinó a la niña Megan no era conocida por sus padres, pero las autoridades policiales sí tenían un registro de la misma. La madre de la menor asesinada, Maureen Kanka, inició una cruzada en Estados Unidos destinada a lograr la implementación de un registro de esta clase de delincuentes que permitiera a la comunidad conocer de su presencia en la misma y tomar las

medidas de protección adecuadas, en especial, de las potenciales víctimas vulnerables como son los menores de edad²⁰⁰.

En sus inicios la Ley Megan contemplaba la obligación de los Estados de crear registros para ofrecer al público información sobre delincuentes sexuales condenados. Posteriormente, los Estados procedieron a crear páginas Web²⁰¹ destinadas a informar a la comunidad la ubicación y situación judicial de tales individuos. Estas páginas contienen información sobre la dirección del domicilio y el lugar donde trabajan las personas a las que les registran sus datos, así como su fotografía.

En Estados Unidos los registros de delincuentes sexuales han sido criticados por producir efectos estigmatizantes²⁰² de personas que han cumplido sentencia. En especial, la naturaleza pública de los registros evita o dificulta el proceso de

²⁰⁰Aunque con anterioridad a la Ley Megan en distintos Estados de Estados Unidos se imponía la obligación de registrar el domicilio de estas personas ante las autoridades policiales, esta situación indignó a los padres de la menor, quienes iniciaron una campaña que culminó con la promulgación de la ley que obligaba a la creación de registros. En el caso del Estado de California, al 12 de agosto del 2015 estos registros poseen la identidad y domicilio de 83.223 personas, como se puede comprobar en [<http://www.meganslaw.ca.gov/statistics.aspx?lang=SPANISH>], consultada el 17 de noviembre de 2015.

²⁰¹Es interesante la situación del Estado de New Jersey, en donde fue realizado un referendo para determinar la conformación de los datos a insertar en la página Web [www.nj.gov/njsp/info/reg_sexoffend.html]. Los votantes eligieron que el registro debería contener una foto y la descripción física de la persona obligada a registrar, un breve resumen de las razones por las que sus datos fueron incorporados al registro, el *modus operandi* y detalles del evento delictivo como, por ejemplo, la edad y el sexo de la víctima, y, en el caso específico, los datos del vehículo analizado; cfr. CORRIGAN, R. “Making meaning of Megan’s Law”, en *Law & Soc. Inquiry* 267, 2006, p. 300.

²⁰²Cfr. MEGALE, E. “The invisible man: How the sex offender registry results in social death”, 2. *J.L. & Soc. Deviance* 92 (2011), p. 148, considera que el carácter estigmatizante de estos registros es demasiado punitivo produciendo la muerte social de la persona: “[...] *The stigma itself is punishment because its creates social death*”.

reintegración a la sociedad. Esta situación ha provocado efectos perniciosos en vez del efecto deseado de evitar reiteraciones delictivas y proteger a la comunidad. Ello, porque personas cuyos datos se encuentran registrados no son aceptadas fácilmente por la sociedad, generándose así un círculo vicioso. En estos casos la comunidad ha rechazado a estos individuos, e incluso se han llegado a producir incidentes donde las personas registradas han sido asesinadas por miembros de la vecindad²⁰³.

La naturaleza jurídica de los registros de delincuentes sexuales ha sido considerada como una medida administrativa y no penal. La Corte Suprema de Justicia²⁰⁴ consideró que esta medida no restringe la libertad de movimiento, ni física. Esta legislación no tiene efectos punitivos su finalidad esencial es de *seguridad pública*²⁰⁵ de proteger a la comunidad de esta clase de individuos, en especial, grupos vulnerables como los niños.

²⁰³Ibíd. pp. 134 y ss. MEGALE considera que estos registros han cooperado a la creación de ciertos mitos sobre las personas obligadas a insertar sus datos en los mismos, como son las categorizaciones de peligrosidad, alta probabilidad de reincidencia, la homogeneización de las conductas de los delincuentes sexuales, etc. El miedo generado por estos mitos promueve un ambiente en el que la sociedad rechaza a estas personas. En especial, el trato homogéneo a las personas afectadas por estos registros ha generado efectos de odio por parte de la sociedad que han culminado en agresiones, incluyendo asesinatos. En algunos casos miembros de una comunidad determinada han confundido a las personas y las han agredido violentamente, como ocurrió en con Hugh Edwards quien resultó siendo atacado con un bate de beisbol al ser confundido con otra persona, sin que sus datos estuvieran registrados.

²⁰⁴ Smith vs. Doe, 583 U.S. 84 (2003)

²⁰⁵ Analizando Smith vs. Doe, 583 U.S. 84 (2003), Chiesa, L. “Substantive Criminal Law”, Cases, Comments and Comparative Material, Carolina Academic Press., North Carolina, p. 13 “The act has a legitimate non punitive purpose of “public safety”, wich is advanced by alerting the public to the risk of sex offenders in their community”.

En términos similares, La Suprema Corte del Estado de New Jersey consideró que este tipo de registros no tiene un carácter retributivo. La sentencia *Doe vs. Poritz* estableció que esta clase de ley otorga a la sociedad una oportunidad de tomar medidas precautorias que permitan protegerse, especialmente los menores de edad, de delincuentes sexuales²⁰⁶.

En España, Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia, en la sección final decimoséptima ordenó la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales –RCDS–. Este sistema se formará con los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que incluyen la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores.

Según el preámbulo de esta legislación el Registro Central de Delincuentes Sexuales –RCDS– tiene carácter preventivo y su naturaleza es administrativa²⁰⁷. Los

²⁰⁶*Doe vs. Poritz*, 662, A. 2d. 367, 372 (New Jersey 1995): “[...] *the registration and Notification Laws are not retributive laws, but laws designed to give people a chance to protect themselves and their children. They do not represent the slightest departure from our State’s or our country’s fundamental belief that criminals, convicted and punished, have paid their debt to society and are not to be punished further. They represent only the conclusion that society has the right to know of their presence, not in order to punish them but in order to protect itself*”.

²⁰⁷Refuerza la naturaleza administrativa otorgada en el presente estudio a esta clase de registros el acápite II del Preámbulo de la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia, cuando establece: “Directamente relacionado con lo anterior y a los efectos de prevención, se crea, dentro del sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, el Registro Central de Delincuentes Sexuales que contendrá la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN. Con ello se pretende hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en España sino también en otros países. Asimismo, la Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, para facilitar el intercambio de información en este ámbito”.

destinatarios de la legislación son, de manera específica, los delincuentes sexuales. A nuestro entender, la naturaleza administrativa y preventiva del RCDS queda reafirmada en el artículo 5.º de la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia cuando establece que:

Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante aportación de una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales.

Como se puede observar, las personas descritas tendrán conocimiento inmediato del RCDS a cargo del Ministerio de Justicia, por lo que podrán internalizar la existencia de este registro y las posibles consecuencias de una acción delictiva en este ámbito laboral. De esta forma, el Estado mejora la potestad de prevención de ilícitos en dos sentidos: a. Al tener que emitir una certificación negativa tiene el control de las personas que acceden a esta clase de profesiones u oficios, y b. La población podrá enterarse de las personas registradas por efecto de esta certificación. Por lo que se incrementan los niveles de prevención de índole administrativo-policial.

En nuestra opinión, la inserción de perfiles genéticos en el RCDS actúa como un *reinforcement* o *reaseguramiento* sobre personas que el ordenamiento jurídico

considera corren el peligro de reincidir por haberse alejado del derecho²⁰⁸. El agrupamiento de destinatarios específicos (delincuentes sexuales) no deja lugar a dudas con respecto al mensaje del ordenamiento jurídico: en caso de reincidencia en sus actividades delictivas serán aprehendidos con mayor facilidad por las autoridades estatales.

Finalmente, esta medida administrativa se diferencia de la consecuencia accesoria establecida en el artículo 129 bis del Código Penal en que el Registro es una herramienta de *enforcement* en sí misma. Mientras que la inserción del perfil genético en el Registro refuerza el mismo en su finalidad de protección a la sociedad al enviar un mensaje directo a la persona sobre la que recae la medida de que en caso de delinquir será identificado rápidamente.

3. Diferencias y similitudes del registro de información genética con las penas y las medidas de seguridad

La reforma del artículo 129 bis del Código Penal español estableció la obligación a las personas condenadas por delitos graves de ceder información genética al Estado para ser insertadas en bases de datos policiales. Esta reforma ubicó sistemáticamente esta clase de medidas en las consecuencias accesorias a un delito. Estas consecuencias accesorias no son penas²⁰⁹ ni medidas de seguridad²¹⁰. No son

²⁰⁸Cfr. por todos, JAKOBS, Günther “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en E. MONTEALEGRE LYNETT (coord.). *Derecho Penal y Sociedad*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 109: “Un enemigo no necesariamente ha de ser un enemigo total; cuando no es el caso, será un enemigo parcial. Esto rige de modo correspondiente respecto de los autores que se han alejado del derecho de modo probablemente no sólo pasajero, que se han alejado en cuanto actitud, dicho con mayor exactitud: por la falta de actitud, como es el caso, por ejemplo, respecto de algunos delincuentes sexuales”.

²⁰⁹En sentido contrario, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal Español*, p. 329, “No tiene ningún

penas porque su imposición no toma como fundamento el delito cometido, y por ende su proporcionalidad es en relación con las circunstancias del hecho: *antecedentes, valoración de la personalidad, o de otra información disponible de la persona afectada*. Tampoco son medidas de seguridad porque con su imposición no se pretende alcanzar la resocialización, ni la inocuización del sujeto afectado.

No obstante, el almacenamiento de información genética en sentido amplio (es decir, tomando en consideración todas las formas de almacenamiento de información genética, en el caso español las contempladas en la LO10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN), tiene similitudes con las penas y las medidas de seguridad. Así, el artículo 9.º de dicha ley otorga al Estado la facultad de conservar información genética ante la comisión de un delito por el tiempo de duración de los antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, *salvo resolución judicial en contrario*. En principio esta situación otorga un criterio semejante y unitario en lo que concierne a la proporcionalidad de

sentido considerar que las consecuencias accesorias puedan ser medidas de seguridad. En primer lugar, porque las medidas de seguridad no exigen la culpabilidad de quien las sufre y las consecuencias accesorias sí. En segundo término, porque considerar que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad obligaría a redefinir, no el concepto de culpabilidad, pero sí el concepto de peligrosidad pasando del biosociológico de la persona física a otro ‘objetivo’, no recogido en el Código Penal para la persona jurídica. Las consecuencias accesorias previstas para las personas jurídicas se regulan en el Título VI del Libro I junto al comiso, de cuya naturaleza de pena nadie ha dudado nunca”; cfr. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_15.pdf], consultada el 14 de septiembre de 2015.

²¹⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, consideran que: “No son penas porque no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor; tampoco pueden considerarse medidas de seguridad porque no se asientan en un juicio sobre la peligrosidad del responsable”.

la medida en relación con las penas y las medidas de seguridad, fundamentándose en la realización de un injusto cuando sea el individuo culpable o inimputable. Aun cuando este artículo establece que al momento de proferir el fallo el juez tiene el derecho de fijar una duración distinta a la establecida en la ley de bases de datos de ADN, entendemos que dicha situación se estaría asimilando más a las medidas de seguridad que tienen finalidades preventivas especiales.

Otro punto a tener en cuenta, en relación con la conservación de material genético por parte del Estado, es el trato desigual y desproporcional a personas consideradas sospechosas no imputadas. En ese orden de ideas, el artículo 129 bis del Código Penal consagra la obligación de personas condenadas por delitos graves a facilitar su perfil genético al Estado para ser insertado en la base de datos policial por un tiempo similar a la cancelación de los antecedentes penales. Por su parte, el artículo 9.º de la Ley 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, otorga la facultad al Estado de conservar información genética de personas absueltas cuando concurren causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, según analizamos anteriormente. Mientras que, en el caso de sospechosos no imputados, *“la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado por la ley para la prescripción del delito”*.

En lo relativo a los sospechosos no imputados, a este grupo poblacional se le obliga a ceder su perfil genético pese a no formular las autoridades estatales cargos en su contra. Esta situación violentaría el principio de igualdad debido a las clasificaciones²¹¹ de las personas a las que se les obliga a insertar el perfil genético

²¹¹Cfr. SANTIAGO JUÁREZ, M. *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 17: “Lo que hace la norma desigual es que los criterios que

en las bases de datos. Pues en estos casos no estaríamos en presencia ni de un culpable, ni de un inimputable.

Esta situación reitera el carácter administrativo de dicha medida. Ello porque el Estado conserva el perfil genético de manera pre delictual sobre personas que no son sometidas judicialmente. Situación no permitida en derecho penal, pero sí en derecho administrativo-policial, donde el elemento esencial es el control y gestión de los riesgos debido a su naturaleza esencialmente preventiva, por lo que esta se hace más plausible. En ese orden de ideas, la identificación se convierte en una de las herramientas básicas estatales de las acciones preventivas policiales, situación que ha sido analizada por la criminología preventiva²¹²⁻²¹³.

En otro orden de ideas, en la sentencia judicial la pena es impuesta con fines retributivos y preventivos (art. 25.2 Constitución Española). Por su parte, las medidas de seguridad son un medio para conseguir la corrección y éxito en el tratamiento de las personas a las cuales se les imponen. Mientras que las bases de datos de ADN tienen finalidades distintas a ambas consecuencias jurídicas del delito. En el plano objetivo, facilitar futuras investigaciones a fin de esclarecer con

utiliza para determinar sus clasificaciones sean arbitrarios, pues el principio de igualdad exige que los rasgos tomados en cuenta para las clasificaciones sean relevantes”.

²¹²Cfr. GASS.IN, R. *Criminologie*, 6.^a ed., Paris, Dalloz, 2007, p. 717, “*La criminologie préventive est la branche de la criminologie appliquée qui a pour objet la détermination des moyens les plus efficaces pour assurer la prévention du crime a l’échelon de la société, comme par exemple une ville, un quartier d’une ville, une station balnéaire, etc., en dehors de la l’intimidation générale par la menace de la peine. La criminologie préventive a été pensée précisément pour remédier aux limites de la prévention générale par la menace de la peine*”.

²¹³Ibíd., p. 729: “Tradicionalmente el término policía es asociado a la represión, pero ahora la policía ha convertido su misión en la prevención de la criminalidad, influenciada por ideas inspiradas por la criminología, relativas a la utilidad de la prevención. Según este autor, entre las funciones preventivas de la policía está el control de los delincuentes reincidentes”.

cierta rapidez los casos penales. En el plano subjetivo, incidir en la disuasión del delincuente al saber este que en caso de reiteración delictiva será capturado con cierta facilidad, como analizaremos en la última parte del presente capítulo.

En nuestra opinión, estamos ante una categoría de medida administrativa policial impuesta por el Estado a través de un juez penal con finalidades preventivas para reforzar la actividad policial. Su finalidad principal es lograr que los efectos de la sanción penal impuesta sobre la persona que cede su perfil genético sean más efectivos, incrementando la eficiencia del aparato estatal en la vigilancia o administración de los riesgos de reiteración delictiva de ciertos grupos poblacionales, como si se tratase de un modelo de gestión sectorial²¹⁴.

El artículo 129 bis, ubicado sistemáticamente en las consecuencias accesorias del delito, parecería la continuación de la Reforma LO 5/2010 al Código Penal español. Esta reforma legal integró en el sistema jurídico español la libertad vigilada después de que una persona condenada cumpla su sanción.

En el preámbulo de esta modificación el legislador estableció una serie de motivos para introducir la medida en el sistema jurídico. Las motivaciones de la reforma fueron las siguientes: (a) En algunas ocasiones el efecto rehabilitador de las penas se ve dificultado en la medida en que no resultan suficientes o adecuadas para

²¹⁴Reveladoras las palabras de SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 130, al analizar las características del fenómeno de administrativización del derecho penal: “Pues bien, puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de administrativización en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no sólo en cuanto a afirmar que el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales”.

excluir un elevado riesgo de reincidencia; (b) Es una medida que se toma en defensa de la sociedad con la finalidad de proteger intereses dignos de tutelar como son la seguridad y la libertad de las potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada la retribución de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta en la medida de seguridad; (c) Esta medida no está dirigida únicamente a la protección de la sociedad sino también a la rehabilitación y reinserción del sujeto, y (d) La medida se toma teniendo en consideración la peligrosidad del individuo derivada de la conducta pasada.

En nuestra opinión, la Reforma LO 5/2010 viabilizó el fenómeno de la administrativización del derecho penal. Ello porque la finalidad principal era más la gestión de personas consideradas peligrosas o con riesgo de reiteración delictiva, que la sanción y sus efectos sobre el delincuente. Pese a que un sector de la doctrina las consideró penas accesorias²¹⁵, no compartimos tal consideración porque su finalidad es distinta y su cumplimiento posterior al de la condena penal.

La medida de libertad vigilada tiene cierta similitud con los registros de ADN. Sin embargo, esta disposición de seguridad tiene por finalidad que el delincuente pueda estar permanente ubicado (*controlado*) y no entre en contacto²¹⁶ con la víctima o aquellos familiares señalados en la sentencia. Mientras las bases de datos de ADN tienen un objetivo más relacionado con actividades policiales en la investigación y

²¹⁵MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Madrid, Civitas, 2011, p. 365: "... lo que, sumado a la estrecha relación entre gravedad y el delito cometido, nos permite mantener la opinión de que se asemeja más a una pena accesoria que a una medida de seguridad".

²¹⁶Ibíd., p. 377: "El más eficaz de los programas preventivos es aquel que procura que el posible delincuente y el objeto ilícitamente deseado no entren en contacto o, en todo caso, cuando esto suceda el objeto se encuentre debidamente protegido por el vigilante".

esclarecimiento de futuros delitos, y dirigido en mayor medida a la protección de la sociedad en su conjunto, que a la protección de personas determinadas. Adicionalmente, la inserción del perfil genético tiene una finalidad de aseguramiento cognitivo para evitar la reincidencia actuando como una especie de mecanismo de incremento de la disuasión.

En ese orden de ideas, los analistas económicos del derecho han elaborado una ecuación²¹⁷ para analizar la disuasión:

$$D = G \times C \times C_1 \text{ del castigo}$$

Dónde:

D = Disuasión

G = Gravedad

C = Certeza

C₁ = Celeridad

Las bases de datos de ADN incrementan los coeficientes de C y C₁ de la ecuación. La capacidad identificativa de la información genética incide directamente en las posibilidades de imponer una sanción (*Certeza*) a las personas que desean delinquir. Por su parte, el ADN agilizaría las investigaciones penales y facilitaría la aprehensión de los delincuentes con *Celeridad*. Ambas situaciones como analizaremos en su momento inciden directamente en la disuasión.

²¹⁷ Un estudio detallado sobre esta ecuación y de análisis económico del derecho aplicado a la materia penal en Posner, Richard. “Economic Analysis of Law”, 7.^a ed., New York, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, Law & Business, 2007, p. 215 y ss.

Las consecuencias accesorias al delito previstas en la legislación española no están fundamentadas en un criterio unificado²¹⁸ (pena, medida de seguridad o medidas administrativas), sino que tienen finalidades distintas: entre ellas, que las sanciones impuestas a las personas jurídicas tendrán finalidades propias del derecho penal en cuanto a penas o medidas de seguridad, mientras que el comiso de bienes provenientes del ilícito, o de los instrumentos para su realización, tendrá como finalidad la necesidad político-criminal de que, como consecuencia delictiva, las personas no se enriquecen injustamente, o estos instrumentos no vuelvan a ser utilizados para otras actividades delictivas, considerándolos (objetos peligrosos) medidas de aseguramiento de la sociedad. Las distintas finalidades y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito generalmente causan problemas en su implementación²¹⁹.

Los registros del ADN tienen una naturaleza jurídico-administrativa propia, distinta de las penas y las medidas de seguridad. *Como toda medida restrictiva de los derechos fundamentales en un Estado social²²⁰ y democrático²²¹ de derecho debe*

²¹⁸En ese sentido, GRACIA MARTÍN, L. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 369, afirma que estas consecuencias no tienen su fundamento en un criterio unitario, pues gozan de muy diversa naturaleza, y cada una de ellas, o bien grupos de las mismas, se orientan a fines muy diferentes unas de las otras.

²¹⁹Cfr. JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, OLMEDO CARDENETE (trad.), 5.ª ed., Granada, Comares, 2002, p. 845: “De la incierta naturaleza jurídica de estas sanciones se derivan problemas en su aplicación”.

²²⁰MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1994, p. 37, entiende que en un Estado de estas características el derecho penal debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social).

²²¹MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2004, p. 114, entiende que “... la concepción Estado democrático obliga en lo posible a poner al Derecho penal al servicio del

tener unas finalidades que legitimen su utilización. En ese sentido, la conservación estatal de información genética tendría finalidades de control/preventivas de carácter policial, al tener identificada y registrada²²² la información genética de personas que delinquen, o de escenas de delitos que permitan mayores oportunidades de esclarecer los delitos. Obviamente, estas posibilidades tendrán efectos directos sobre las personas cuyos datos se encuentren registrados como prevención especial.

Esta medida de control es preventiva en el ámbito administrativo policial, pues el almacenamiento de información genética tiene un efecto disuasivo sobre su titular²²³: se trata de un procedimiento cuyo efecto tanto empírico como

ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”.

²²² Los registros han sido criticados y considerados como una ilusión de control social, especialmente los registros de delincuentes sexuales. Sin embargo, este no sería el caso del ADN, porque su utilidad es una realidad al esclarecer delitos y por ende convertirse en una de las situaciones que inciden en la disuasión. Para una visión crítica de los registros, cfr. WALKER WILSON, M. “The expansion of Criminal Registries and the illusion of Control”, 73 *La. L. Rev.* 509 2012-2013, p. 541, quien considera que los registros han ido en aumento en Estados Unidos debido a que las personas psicológicamente se sienten más seguras teniendo información, y por ende evitando su propia victimización. Además, los registros pueden ser considerados como una herramienta de prevención del crimen que permite a la sociedad tener el control parcial de proteger a sus conciudadanos. Los *policy makers* aprovechan estas situaciones para promulgar más legislaciones sobre registros, y los mismos tienen un efecto de privatización de la seguridad, porque traspasan a la sociedad parte de las funciones policiales en las que los miembros de la sociedad, conjuntamente con las autoridades policiales, realizan labores de vigilancia y aprehenden delincuentes.

²²³ En contra, ROMEO CASABONA, C. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona, 1986, p. 155: “Sobre los efectos preventivos de delitos de estos archivos, no parece que sean significativos, pues su utilización se produce como consecuencia de la obtención de algún vestigio biológico en la escena de un delito ya cometido, y una vez obtenido el perfil del ADN de aquél es cuando puede procederse a su cruzamiento con los perfiles existentes en el archivo. Sin perjuicio de que el éxito en la investigación policial (p. ej., respecto a un acto preparatorio punible) lleve a la detención de una persona y se evite de este modo la prosecución de su actividad (pre) delictiva, o de que estos archivos fueran utilizados con objetivos de control de al

comunicativo, en principio, constriñe la reincidencia del delincuente, debido al alto grado de identificación que proporciona el ADN, propiciando su intimidación al transmitirle el mensaje de que en caso de reincidir será rápidamente identificado por las autoridades²²⁴. Ello es consecuencia de la redefinición del concepto de rehabilitación en la sociedad actual, apegada cada vez más a la cultura del control del delito, que obliga a utilizar estos medios como parte del tratamiento para la reinserción social del individuo²²⁵.

En tal cultura del control el objetivo inmediato del tratamiento penitenciario no consiste solamente en mejorar la autoestima del delincuente y su reinserción social, sino en imponer restricciones, reducir el crimen y proteger a la sociedad de futuras actuaciones delictivas²²⁶. Este mecanismo de control es uno de los medios para

menos los delincuentes más proclives a la reincidencia, lo cual, aparte de no parecer muy útil, probablemente compartiría una extralimitación. Finalmente, suponer que los sujetos cuyos perfiles se encuentren registrados en la base de datos se animen a abstenerse a delinquir es muy conjetural y poco creíble”.

²²⁴ROTHSTEIN MARK, A. y TALBOTT, M. K. “The expanding use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?”, 34 *J.L. Med. & Ethics* 153, 2006, p. 161: “Las bases de datos de ADN han ayudado a solucionar gran cantidad de crímenes, incluyendo muchos que sin esta técnica no hubieran podido ser resueltos. La extensión en el uso de esta técnica ha concluido en el encarcelamiento de delincuentes, las bases de datos de ADN también han permitido prevenir crímenes de delincuentes conocidos y servido como un incentivo disuasorio general”.

²²⁵Término utilizado por GARLAND, D. *Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. La cultura del control*, MÁXIMO SOZZO (trad.), Barcelona, 2005, p. 288, para analizar el nuevo contexto social en el tratamiento del delito, estableciendo que nos encontramos en una sociedad en la cual han cambiado los parámetros de tratamiento del delito, pasando, por distintas causas, de unos fines en los cuales el delincuente era el centro de atención del delito estableciéndose programas para su posterior reinserción social, al tratamiento del delito en sí como un fenómeno social que debe ser controlado. En este sentido, GARLAND redefine el concepto de rehabilitación presentándolo como una intervención focalizada que inculca el autocontrol, reduce el peligro e intensifica la seguridad pública, considerándola como un medio para manejar el riesgo y no como un fin welfarista en sí mismo.

²²⁶GARLAND, D. *Crimen y orden social en la sociedad contemporánea...*, cit., p. 288.

manejar el riesgo que representa determinada población considerada peligrosa²²⁷. De forma que el Estado debe recurrir a otros medios, adicionales al tratamiento penal, para controlar individuos con síntomas de peligrosidad criminal, principalmente por los pocos o relativos efectos que el tratamiento penitenciario puede producir en ellos.

Es en este marco social y político donde se legitima el almacenamiento de información genética, herramienta que facilita la rapidez en el esclarecimiento del delito y evita la comisión de nuevas infracciones, siendo una especie *de control virtual disuasorio*. En sentido criminológico se ha demostrado que cuando el control es internalizado por el infractor, convirtiéndose en su hábito de vida evitando la reincidencia, se habrá logrado efectividad en el tratamiento, y por ende su rehabilitación²²⁸.

²²⁷Es importante diferenciar entre peligrosidad criminal y social. La peligrosidad criminal es la que refleja el auténtico delincuente, aquella persona que está en contra de la ley convirtiéndose una amenaza para la misma, a diferencia del peligroso social, que es una persona que no acostumbra a cometer delitos, por lo menos no graves, en esta categoría están el mendigo y el vago, pero no un “delincuente peligroso”; cfr., en ese sentido, LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho penal español*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 537.

²²⁸LIPSEY W., M.; LANDENBERGER, N. A. y CHAPMAN, G. “Rehabilitation: An ass.ess.ment of theory and research”, en COLIN SUMNER (ed.). *The Blackwell Companion to Criminology*, United Kingdom, Blackwell Publishing, 2007, p. 216, analizan las formas mediante las cuales se puede lograr la rehabilitación de personas que cometen infracciones penales, estableciendo que uno de los mecanismos que propician la reinserción del individuo en la sociedad y la protección de la misma, consiste en utilizar dispositivos de control, con el fin de que el infractor los internalice como parte de sus patrones de conducta y se sienta impedido para delinquir nuevamente. La inclusión del perfil genético del infractor en un sistema informático constituye uno de estos mecanismos debido al mensaje que transmite.

El derecho penal no tiene la función de evaluar todas las circunstancias ajenas²²⁹ al delito como son las circunstancias del hecho, los antecedentes o la valoración de la personalidad del delincuente para su realización (art. 129 bis, Código Penal español), correspondiendo a otras ramas jurídicas analizar o dar respuestas a dicha situación, e incluso imponerle consecuencias jurídicas, debido a que estas son importantes, configurándose un tratamiento integral al fenómeno delictual acaecido. A nuestro entender, el registro de ADN es más afín al derecho administrativo por lo que en su análisis deberá tomarse en consideración su carácter preventivo.

El almacenamiento del perfil genético limita los derechos relacionados con la intimidad y protección de datos. Por ende, es una medida de control sobre las futuras actuaciones delictivas, la cual se impone de manera accesoria a las consecuencias tradicionales de los delitos. Sin embargo, esta medida no es en sí misma una pena, por cuanto las penas responden a criterios de culpabilidad y a la vez evalúan situaciones acaecidas. Tampoco puede ser considerada medida de seguridad porque su imposición supone criterios de una peligrosidad criminal

²²⁹Cfr. GRACIA MARTÍN, L. “Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.) “Las consecuencias jurídicas del delito”, Tirant lo Blanch, 2012, p. 202: “Ahora bien, en la realización de un hecho de esas características (delito o falta), pueden concurrir además ‘otras’ circunstancias diferentes de las que constituyen a aquél, que si bien son irrelevantes desde puntos de vista específicamente penales, tienen sin embargo significado y trascendencia en otros ámbitos jurídicos en los que constituyen los correspondientes ‘supuestos de hecho’ (no penales) que fundamentan otras consecuencias jurídicas específicas que no tienen naturaleza ni finalidad penales y que tienen que ser aplicadas para que el suceso acontecido tenga un tratamiento jurídico completo. Y es que, como advierte HIRSCH, ‘la comprensión jurídico-penal de un caso representa únicamente un corte de su desarrollo jurídico’ y ‘para el dominio jurídico completo aún pueden jugar un papel otros varios sectores del ordenamiento jurídico: por ejemplo, además del Derecho de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo’, cada uno de los cuales ‘se ocupa, con una función diferente, en la atribución de las consecuencias que surgen de la infracción jurídica’”.

subjetiva, siendo necesario evaluar los antecedentes del hecho y la personalidad del sujeto activo de la medida.

Un argumento sólido aplicable a esta situación para considerarla una pena o medida de seguridad, es que las consecuencias accesorias del delito son aplicadas en el seno de un proceso penal, por un juez penal y no por la administración pública, como consecuencia de un hecho delictivo²³⁰. Sin embargo, si analizamos la redacción literal del artículo 129 bis, se evalúan criterios que resultarían incomprensibles en un derecho penal de corte liberal como son

... las circunstancias del hecho, los antecedentes, la valoración de la personalidad del infractor, o de otra información disponible de la que pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. Esta situación nos pondría a las puertas de un derecho penal de autor el cual, sin entrar en mayores explicaciones, no sería posible en un Estado social y democrático de derecho²³¹.

Por ello es que consideramos el almacenamiento de perfiles genéticos como una medida administrativa para reforzamiento de los propósitos del *criminal law enforcement system*²³².

²³⁰ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Poder Judicial*, 1997, p. 332.

²³¹En ese sentido, cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 190: “En el modelo acogido por el artículo 1.1. es admisible castigar conductas y no personalidades (Derecho penal del hecho); sólo hechos concretamente delimitados y no formas de ser o caracteres como los que castigaba el derecho penal de autor nacionalsocialista del III Reich; y JESCHECK, H.-H- *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit.: “En el sistema de derecho penal de autor, por el contrario, la pena se asocia de modo inmediato a la peligrosidad del autor, por lo que la justificación de la sanción aquella debe ser atribuible a la ‘culpabilidad por el modo de vida’”.

²³²En el presente estudio la expresión *law enforcement* es utilizada en dos sentidos: a) La detección y castigo de las violaciones al derecho, y como oficiales de policía y otros miembros de la rama del ejecutivo encargados de hacer respetar y compeler al cumplimiento de la ley penal; al respecto cfr. *Black's Law Dictionary-Eighth Edition*, West Publishing Co., USA, 2004,

Además, la conservación del perfil genético por parte del Estado no mira al pasado como las penas, y aunque tiene un efecto ulterior, como las medidas de seguridad, sobre la base de un juicio acorde con las futuras actuaciones delictivas fundadas en la peligrosidad de reincidencia, sus finalidades parecerían estar más acorde con el derecho administrativo policial que con el penal.

En este orden de ideas, el almacenamiento de información genética produce restricciones a los derechos fundamentales, por lo cual *estaríamos ante una especie de medida administrativa virtual por medio de un sistema informático* que limita derechos fundamentales esenciales e intangibles por un tiempo limitado o ilimitado en una base de datos, y que serviría, en sentido figurado, como una especie de control virtual. No obstante, las características de utilización en futuras actuaciones delictivas hacen que las mismas tengan finalidades distintas a las penas y las medidas de seguridad, por tener el carácter procesal de pruebas en futuros procesos en los que los datos sirvan para ser comparados con personas imputadas o con vestigios biológicos encontrados en la escena del delito.

En Estados Unidos ha sido utilizada la *Rights Forfeiture Theory of Punishment* (Teoría de la pérdida de los derechos)²³³ para fundamentar la conservación de la información genética en una base de datos como una especie de pena. Esta teoría

p. 901: “*Law enforcement. 1. The detection and punishment of violations of the law [...] 3. Police Officers and other members of the executive branch of government charged with carrying out and enforcing the criminal law*”.

²³³ Teoría desarrollada y a luego descartada por D. H. Kaye y Michael Smith. “DNA Identification Databases: Legality, Legitimacy, and the Case for Population-Wide Coverage”, *Wis. L. R.*, Vol. 413, 2003, p. 421, al considerar que tales medidas no pueden ser penas por no tener un carácter aflictivo o infamante, y fundamentando su opinión en virtud de la mínima intervención que supone la extracción de un perfil genético, el cual puede ser tomado de una gota de saliva o de un pelo, y porque la toma de muestra de ADN se realiza generalmente de la parte no codificante del ADN.

establece que si una persona es condenada a una pena criminal pierde, accesoriamente, su derecho o expectativa a la privacidad genética. No compartimos la aplicación de esta teoría que equipara el almacenamiento de datos genéticos con una consecuencia intrínseca de la pena. Ello, porque la limitación de los derechos fundamentales mediante condenas solo restringe las libertades individuales consignadas en las sentencias teniendo la pena un efecto por sí sola. Incluso, esta medida puede tener mayor duración que la pena y no tener un carácter aflictivo sobre las personas, es decir, el registro del perfil genético tiene situaciones ajenas a las penas, más parecidas a medidas de control policial.

En conclusión, la conservación estatal de perfiles genéticos en bases de datos es una consecuencia de carácter administrativo, accesoria del delito y diferente a las penas y medidas de seguridad. En lo que concierne a los efectos de las penas, debido a su gravedad evitan hechos futuros al producir una disuasión general (prevención general). Por su parte, las medidas de seguridad tienen por finalidad la corrección o inocuización de los delincuentes al producir una disuasión individual (prevención especial). Pese a tener efectos de prevención especial en las personas afectadas, al igual que las medidas de seguridad (disuasión individual), las bases de datos de ADN producen aseguramiento cognitivo en la delincuencia primaria y en la reincidencia. Así, una base de datos de ADN de personas no condenadas, sospechosas no imputadas o universales tendrá efectos directos sobre la delincuencia primaria. Mientras que un sistema de almacenamiento de perfiles genéticos de personas condenadas tendrá efectos directos en la propensión a la reiteración delictiva.

En ese sentido, de acuerdo con la legislación penal, el registro de perfiles genéticos dictaminados al momento de producirse un fallo judicial que ordene la realización

de un test genético sobre la persona condenada, o autorice al Estado a conservar identificadores a partir del ADN en una base de datos, es una especie de refuerzo de las actividades policiales. Como analizamos anteriormente, este reforzamiento tiene finalidades distintas a las penas y a las medidas de seguridad, porque se trata de que las personas internalicen que en caso de delinquir serán capturadas con mayor facilidad por haber dejado vestigios biológicos en la escena del crimen.

4. La administrativización del derecho penal y las bases de datos de ADN

Uno de los puntos más discutidos de la política criminal en los últimos quince años ha sido su propensión a una administrativización del derecho penal²³⁴. Inicialmente, en tal clase de derecho el punto de partida no es la lesión de bienes jurídicos protegidos en la legislación penal, sino una apuesta por prevenir los riesgos ante delitos considerados de peligro abstracto, propios del derecho administrativo. A nuestro entender, esta administrativización ha ido avanzando a un estadio superior de las consecuencias jurídicas del delito, en las que también su finalidad trata más del control o gestión de cierto grupo de personas consideradas peligrosas por el ordenamiento jurídico, que de los fines tradicionales de las penas

²³⁴Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 142: “Si el delito se contempla como un riesgo social, es razonable que al afrontarlo se tengan en cuenta criterios seguidos para la gestión de otros riesgos. En particular, resulta coherente con tal representación recurrir a criterios de prevención cognitiva. Sin embargo, el derecho penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo, encaminados a neutralizar fácticamente (y no comunicativamente) el fenómeno delictivo, se administrativiza. Ésta es, pues, una tercera dimensión de la administrativización del derecho penal; el redescubrimiento de la inocuidad”. En términos similares, FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.135: “Se trata de un derecho penal principalmente preventivo orientado a la reducción de riesgos y a una intervención que proporcione seguridad”.

y las medidas de seguridad. En ello radica la importancia de los registros como formas de control social.

En estos sistemas encontramos situaciones como los registros de delincuentes sexuales, o el almacenamiento de información genética, cuya finalidad es el uso en delitos futuros y no la retribución de acciones pasadas. Se trata de una redefinición de la sanción en materia penal, en la que su naturaleza político-criminal no es totalmente diáfana²³⁵ y no está enmarcada en la política de seguridad de un Estado para el que son más importantes los efectos preventivos propios del derecho administrativo, que los del derecho penal²³⁶. Este carácter administrativo no deja lugar a dudas con respecto a que la finalidad es mantener el control del individuo que delinque y, por ende, es necesario respetar todas las garantías posibles como un equilibrio con la administración policial²³⁷ a fin de evitar abusos a los derechos fundamentales.

²³⁵Cfr. *ibíd.*, p. 108: “Este nuevo derecho penal plantea serias objeciones político criminales en la medida en que los problemas se mantienen sin resolver mientras el perfil de un derecho penal propio de un Estado liberal va desapareciendo hacia un perfil de Estado de seguridad. Se trata de penalizaciones de carácter formal pero que no son efectivas y que presentan una tendencia a operar como control social de forma más bien simbólica que coercitiva o instrumentalmente. En relación con este problema ha hecho fortuna la expresión derecho penal simbólico que se utiliza en sentido peyorativo como rasgo del derecho penal moderno. Este cada vez ofrece más antidotos sociales que no son reales sino meramente simbólicos y virtuales”.

²³⁶En la sentencia *Maryland vs. King*, 569US__ (2013), la Suprema Corte de Justicia fue muy enfática en validar la toma del ADN a personas arrestadas, considerando el registro en la base de datos como una medida de índole administrativa en pro del interés de las autoridades estatales de tener correctamente identificados a sus miembros: “... an individual’s identity is more than just his name or Social Security number, and the government’s interest in identification goes beyond ensuring that the proper name is typed on the indictment. Identity has never been considered limited to the name on the arrestee’s birth certificate”.

²³⁷Cfr. HUERGO LORA, Alejandro. “Las Sanciones Administrativas”, *Iustel*, Madrid, 2007, pp. 142 y 143: “[...] es necesario preguntarse si cabe construir la potestad sancionadora y sus relaciones con el Derecho Penal, de las que dependen en buena medida las garantías del inculpado, sobre la base de criterios que, como éste que estamos estudiando le son ajenos. La

Esta situación, definida por muchos como un derecho penal de control social²³⁸, pone su mirada, principalmente, en una relativización de las garantías ciudadanas, y flexibiliza las normas de imputación. El objetivo es controlar a personas consideradas con alto riesgo de delinquir o de reiterar su conducta delictiva, fundamentándose básicamente en criterios estadísticos²³⁹.

En lo atinente al almacenamiento de información genética por parte del Estado, en nuestra opinión el derecho penal asume en su elenco de respuestas al delito, acciones de derecho administrativo policial para esclarecimiento de futuras actuaciones delictivas y como medios de control, principalmente, administrativos. Como tuvimos oportunidad de manifestar, esta situación parecería la continuación del fenómeno anteriormente descrito de administrativización del derecho penal, pero ahora visto desde la óptica de las consecuencias jurídicas del delito con la finalidad de controlar personas consideradas riesgosas²⁴⁰.

potestad sancionadora, al menos desde el lado de las garantías, no puede construirse pensando sólo en la Administración, sino que debe tener en cuenta al particular”.

²³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales”, en LONDOÑO JIMÉNEZ, H. (coord.). *Derecho penal liberal y dignidad humana*, Bogotá, Temis, 2005, p. 605: “De ahí que las cuestiones de los fines de la pena, los bienes objeto de protección, a quiénes se hace responder penalmente, hayan trascendido los confines del derecho penal, para situarse en el control social en general, en el terreno de la decisión política donde se libran las batallas del poder de definición”.

²³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 143.

²⁴⁰ Pese a ello, un argumento no controvertido en lo que concierne a las bases de datos de ADN, legitimándolas, puede verse en HEPPLER, Bob. “The right to privacy and crime detection”, *C. L. J.*, 2009, 68 (2), 253-256 p. 255: “Es que en adición a la prevención y detección de delincuentes también esta tecnología ha exonerado del sistema de justicia a inocentes por lo que la misma se encuentra legitimada”.

En ese orden de ideas, en Estados Unidos y Reino Unido esta tendencia de administrativización ha permitido a sus agencias de control del delito (*law enforcement*) tomar muestras genéticas a personas arrestadas, no obstante haber sido absueltas o ni siquiera sometidas a la acción judicial. Esta situación ha quedado justificada en el marco de las potestades administrativas de control de las agencias de seguridad para investigar delitos o, en su defecto, tener identificada a su población²⁴¹. Por lo que el fenómeno ratifica su naturaleza de medidas de control de índole administrativas más que penales.

Fundamentamos esta opinión en el hecho de que el derecho penal pasa a legitimar acciones administrativas de carácter policial mediante registros de ADN que podrán ser utilizados en futuras investigaciones, pero que no necesariamente están vinculados con el hecho sancionado por el cual se extrae el perfil genético. Ello no deja lugar a dudas en cuanto a que los ilícitos y sus consecuencias jurídicas se acercan cada vez más en esa área gris entre las ciencias jurídicas administrativas y

²⁴¹En Estados Unidos la justificación de extracción de perfiles genéticos de personas detenidas se ha fundamentado en el deber de la función de inteligencia del Estado. Cfr. KAYE, D. “A Fourth Amendment Theory of Arrestee DNA and other biometric databases”, 15 U. Pa. *J. Const. L.* 1095 2012-2013, vol. 15:4 1139 y 1140: “Debería ser razonable, en lo atinente a la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, extraer, analizar y almacenar datos biométricos, sin autorización judicial y sin sospechas individualizadas cuando se presenten estas cinco condiciones: 1) La persona es legítimamente detenida (o los datos son obtenidos sin coaccionar al individuo); 2) El proceso de colección de la data no es física, ni mentalmente invasivo; 3) La colección de la data se realiza previniendo no discriminar a los individuos; 4) La data biométrica es utilizada únicamente para establecer o autenticar la identificación de un individuo o para esclarecer una escena del delito; y 5) El sistema de autenticación o inteligencia es válido y efectivo para dichos fines. La condición (1) garantiza que la libertad de movimiento no esté comprometida; la condición (2) evita invasiones corporales íntimas; la condición (3) evita la necesidad de autorización judicial al no partir de criterios discriminatorios la medida; las condiciones (4) y (5) indican que el interés del gobierno en actuar es sustancial. Cuando estas condiciones ocurren en el ánimo de autenticar una identidad o de obtener un indicio para una investigación el almacenamiento de información genética de personas arrestadas es razonable al amparo de la Cuarta Enmienda”.

penal, con la finalidad de obtener un control social unificado, como una función policial del Estado que podría considerarse sintonizada entre ambas ramas del derecho y que, desde nuestra óptica, solo podría justificarse si es aplicada por igual a todas las personas.

Y hasta cierto punto es comprensible que el fenómeno de administrativización del derecho penal no se limite a tipificar conductas sino que se desarrolle o expanda hacia las consecuencias jurídicas del delito donde el carácter preventivo sea la regla. Ello parecería una contradicción en cuanto a los fines preventivos especiales o generales de la pena, o a las medidas de seguridad no privativas de libertad que también tienen fines preventivos especiales. Pero si observamos bien, la naturaleza del registro del perfil genético no está dirigida ni fundamentada en relación con las infracciones penales cometidas, sino, efectivamente, con la comisión de ilícitos futuros, enviando un mensaje al individuo de que si comete el delito podrá ser fácilmente aprehendido.

El carácter policial de la medida de conservación de perfiles genéticos es obvio en cuanto a instrumento de investigación. Más aún: las finalidades de estas medidas parecerían ser una prevención empírica y técnica basada en pruebas acumuladas en procesos pasados para ser utilizadas en procesos futuros de investigación²⁴²,

²⁴²La validez de los perfiles genéticos registrados en las bases de datos para ser utilizados en el esclarecimiento de delitos futuros ha sido confirmada por el Tribunal Supremo Español. Sala de lo Penal. Sección Primera. STS No. 827 del 25 de octubre de 2011, M. P.: MANUEL MARCHENA GÓMEZ: “En efecto, la metodología del análisis del ADN, a partir de la creación de la base de datos policial sobre identificadores genéticos, puede entenderse perfectamente ajustada a las exigencias impuestas por su propio significado científico, cuando el perfil genético de contraste se consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado. Es obvio que ningún obstáculo puede afirmarse en la práctica convergente de ambos contrastes, pero también lo es que la identificación genética que obra en la base de datos, puesta en relación con los restos biológicos dubitados, normalmente hallados en el lugar

facilitando a los cuerpos de seguridad del Estado su labor de prevención de ilícitos futuros y evitando que individuos considerados peligrosos reincidan.

En el caso *Maryland vs. King* la Suprema Corte de Estados Unidos evaluó como uno de los fundamentos para realizar esta medida de identificación sobre personas arrestadas, la necesidad de las autoridades policiales de conocer “la historia criminal” de las personas detenidas. Ello, porque personas que son detenidas por delitos menores pueden llegar a convertirse en “*the most devious and dangerous criminals*”²⁴³.

La Corte Europea de Derechos Humanos también analizó la finalidad de estas medidas administrativas. En el caso *S y Marper vs. Reino Unido* la Corte consideró que la conservación de datos relativos a las huellas genéticas tiene un fin legítimo:

... La detección y como consecuencia, la prevención de las infracciones penales. Mientras que la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con la infracción particular que se sospecha que ha cometido, la conservación tiende a un objetivo más amplio, es decir, contribuir a la identificación de futuros delincuentes²⁴⁴.

Como se puede observar, tanto en Estados Unidos como en Europa fueron analizadas las medidas de registros de perfiles genéticos y las conclusiones han sido similares en cuanto a su naturaleza administrativa. Esta situación presenta retos al derecho penal y a la materialización del control social avalado por las

de los hechos, permite ya una conclusión sobre esa coincidencia genética que luego habrá de ser objeto de valoración judicial”.

²⁴³Suprema Corte de Justicia. *Maryland vs. King*, 569US (2013), de 3 de junio, p. 12, en la opinión de la mayoría, “*A suspect’s criminal history is a critical part of his identity that officers should know when process.ing him for detention. Its common occurrence that ‘people detained for minor offence can turn out to be the most devious and dangerous criminals’*”

²⁴⁴ *S y Marper* contra Reino Unido de 4 de diciembre 2008. TEDH 2008\104, p. 33.

normas del derecho penal y, en adición, al derecho policial en la tendencia penal de administrativización del mismo. Por ese motivo se hace necesario alcanzar un alto estándar de garantías que permitan el uso adecuado del registro de datos, el cual solo se puede lograr plenamente si la medida es aplicada a todas las personas por igual. En el caso español, la Secretaría de Seguridad es el ente administrativo encargado de velar por que no haya utilización inadecuada o para otros fines distintos a aquellos para los cuales se inserta el perfil genético en las bases, lo que se puede verificar en el tratamiento que se da a esos datos²⁴⁵.

Adicionalmente, en España la regulación de los datos que contienen estos sistemas informáticos depende del Ministerio del Interior (art. 2.º LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificación de perfiles obtenidos del ADN). De ahí que, pese a que la medida administrativa de cesión obligatoria de muestras biológicas para la obtención de los perfiles genéticos de las personas condenadas por delitos graves tener su fundamento legal en el artículo 129 bis del Código Penal, no hay duda de que en su aplicación diaria será acorde al derecho administrativo, por lo que le atribuimos esta naturaleza jurídica, convirtiéndose el almacenamiento del perfil genético en una relación entre administrado y Estado con finalidades de control del delito, teniendo como límite el Estado los derechos fundamentales, en especial, la protección de datos personales en su vertiente del consentimiento.

²⁴⁵RODRÍGUEZ, O. *Seguridad del Estado y privacidad*, Madrid, Reus, 2014, p. 332: “La finalidad señalada marca los límites del tratamiento y calidad de los datos a tratar desde el origen, y por eso determina que sólo podrán inscribirse los identificadores obtenidos en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Este supone uno de los requisitos fundamentales para poder proceder al tratamiento de datos genéticos, si tenemos en cuenta que la inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN no precisará el consentimiento del afectado”.

Esta situación es propia de Estados modernos en los que existe interacción entre los poderes²⁴⁶, y en los que la decisión se encuentra legitimada en la potestad del Parlamento para otorgar la imposición de esta medida al poder judicial; sin embargo, su tratamiento diario se da acorde con los principios del derecho administrativo. Incluso en el caso de futuras investigaciones policiales debemos dejar sentado que la actividad de control policial es propia del derecho administrativo-policial y no del derecho penal.

Más aun, ya al inicio de este capítulo establecíamos la naturaleza preventiva de estas medidas de control, situación que a nuestro entender es otra de las consecuencias de la administrativización del derecho penal, ahora enfocado en las consecuencias jurídicas del delito y no en la tipificación de conductas que escaparían al derecho penal de primera velocidad, pues, a diferencia de lo que ocurre en derecho penal, la naturaleza de la acción administrativa es puramente preventiva²⁴⁷. Ello quiere decir que su fundamento se encuentra más en el interés general de cumplimiento de la potestad del Estado para esclarecer delitos, que en el particular de preservar garantías de derechos fundamentales propio de los tribunales penales. Esta situación está más que protegida debido al estatus de alto nivel de seguridad que le concede la ley que rige las bases de datos genéticos, con

²⁴⁶Sobre esta situación, cfr. ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, quien evalúa la división de los poderes en Estados Unidos y aboga por una interacción entre ellos e, incluso, por la creación de nuevos poderes supervisores en lo que denomina “parlamentarismos acotados”. Esta forma permitirá estrategias institucionales para contribuir con los tres grandes principios que motivan su doctrina: la democracia, el profesionalismo y la protección de los derechos fundamentales.

²⁴⁷NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 148: “La amenaza de la sanción administrativa es también disuasoria [...] pero lo que se trata de evitar directamente no es el resultado lesivo concreto para el bien protegido, sino la utilización de medios idóneos para producirlo. No se trata en definitiva, de castigar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca”.

la finalidad de reforzar en los ciudadanos la idea de la vigencia de la norma jurídica²⁴⁸ del registro de su perfil en la base de datos de ADN al momento de cometer nuevos ilícitos.

En ese orden de ideas, las bases de datos de ADN son más que simples pruebas procesales, o registros policiales, debido a las finalidades de las mismas. En lo que concierne al derecho penal estas medidas de control serían un medio de *enforcement* para que determinados tipos de delincuentes declarados culpables por tribunales penales intenten ser fieles al derecho en el futuro o cumplan las finalidades para las cuales fue almacenado su perfil genético, que va más allá de una simple medida de seguridad o pena, teniendo un efecto directo en la finalidad preventiva, en el aspecto normativo. Incluso su ubicación sistemática en el Código Penal y el sentido literal son consecuencias accesorias del delito. Ello quiere decir que no necesariamente son hechos valorados en el delito y, por ende, en el derecho penal, sino a través de un derecho de *gestión de riesgos*²⁴⁹ como es el administrativo policial.

Por su parte, y como tuvimos oportunidad de analizar, la medida de almacenamiento del perfil genético podría ser considerada, en el caso de la Ley 26 del 28 de julio de 2015 (de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia), como un *reinforcement* de actividades administrativas cuando establece que se creará un registro de delincuentes sexuales en el cual se incluirán

²⁴⁸En ese sentido, DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 44: “En definitiva, la necesidad de sanción administrativa deriva de la norma jurídica de fines preventivos, al objeto de evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones, y confirmar a los ojos de la generalidad la vigencia de la norma jurídica”.

²⁴⁹NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 149.

sus perfiles de ADN. Estos registros de delincuentes sexuales constituirían las medidas de *enforcement*, y el ADN, en esos casos, un *reinforcement* o reaseguramiento de que el individuo será fiel al derecho, por lo que la tesis de medida administrativa cobra mayor validez en dicha legislación cuando, sin más, ordena al poder ejecutivo reglamentar dichas situaciones.

Estas medidas tienen su fundamento en individuos considerados peligrosos debido a sus características personales. En esa peligrosidad reside el problema de esta clase de medidas, debido a que el concepto parecería subjetivo al establecer qué se considera peligroso. Máxime cuando, si analizamos los ilícitos por los cuales se inserta el perfil genético en las bases de datos, en un 95% de los casos el sistema penal parece que estigmatiza principalmente a los delincuentes sexuales, considerándolos criminales peligrosos. Esta situación es la que produce desigualdad en el sistema de justicia penal, y por ello nuestra tesis es la de que un sistema con la totalidad de perfiles genéticos de un Estado determinado resultaría más acorde con el principio de igualdad.

A diferencia de la social, la peligrosidad criminal²⁵⁰ es, en principio, la que interesa al derecho penal, por tener como fin la prevención de futuras actuaciones delictivas. Tal peligrosidad tiene su fundamento y su exteriorización en la comisión de un injusto²⁵¹, lo cual constituye un elemento indiciario de la misma (peligrosidad posdelictual). Esta condición realiza un pronóstico sobre la base de

²⁵⁰Para un estudio más detallado sobre ambos tipos de peligrosidad social y criminal cfr. ROMEO CASABONA, C. *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, cit., p. 15.

²⁵¹Ibíd., pp. 32 y 33. ROMEO CASABONA lo califica como diagnóstico de peligrosidad, estableciendo que psicológicamente se ha demostrado que, vencidas las inhibiciones y resistencias síquicas y morales iniciales para la realización de un acto determinado, es necesario un esfuerzo mucho menor para su repetición, a la vez que existe en el ser humano una cierta tendencia a volver a realizar conductas llevadas a cabo en algún momento con anterioridad.

una actuación pasada y con finalidades de prevenir especialmente al infractor. De ahí que el artículo 129 bis del Código Penal establezca la necesidad de analizar la personalidad del infractor.

Este fue también el parecer de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el caso *Maryland vs. King* antes citado. En el argumento cuarto, para fundamentar el registro del ADN en personas arrestadas, consideró que

*La conducta pasada de una persona arrestada es esencial para determinar el peligro que representa para el público. Y esto podría ayudar a los tribunales a determinar conscientemente el otorgamiento de fianzas judiciales o su mantenimiento en prisión preventiva*²⁵².

A nuestro juicio, la comisión de un delito no puede ser considerada causa suficiente y única para determinar la peligrosidad criminal, pues los delitos son cometidos por distintas causas; así, un homicidio doloso con características pasionales puede ser la única actuación delictiva que cometa un individuo durante toda su vida. A su vez, un simple robo puede ser el inicio de una prominente carrera delincuencia, lo que supone una trayectoria con un inicio y un final, así como unos estados causales y de desistimiento de la misma, como también la especialización y la versatilidad²⁵³ en el crimen²⁵⁴.

²⁵²Suprema Corte de Justicia. Caso *Maryland vs. King*, 569US (2013), del 3 de junio, “DNA identification of a suspect in violent crime provides critical information to the police and judicial officials in making a determination of the arrestee’s future dangerousness.”.

²⁵³Cfr. MACLEAOD, J. F.; GROVE, P. y FARRINGTON, D. P. *Explaining Criminal Careers. Implications for Justice Policy*, United Kingdom, Oxford University Press., 2012. Estos autores efectúan una categorización de las personas que hacen carrera criminal en *Serius, Less. and Trivial Offender* definiendo que hay factores, como la especialización en el delito y la versatilidad, que influyen en la reiteración delictiva.

En Estados Unidos se han realizado estudios en los que se ha verificado, incluso, que los delincuentes sexuales son los que menos reinciden, llegando a criticar la forma punitiva en la que ha sido tratada esta clase de delito²⁵⁵. Otro sector importante de la doctrina ha establecido que el interés de la población en esta clase de delincuentes se debe al pánico infundido por las políticas públicas de los Estados en materia de delincuentes sexuales, que en muchas ocasiones han utilizado el temor a estas actuaciones delictivas para legitimar la ampliación de sus herramientas de control, como ocurrió en algunos Estados al extender el umbral de personas cuyo perfil genético se debía insertar en las bases de datos de ADN²⁵⁶.

²⁵⁴En criminología se ha estudiado la delincuencia, principalmente a partir de los años ochenta del siglo XX, con el fin de desarrollar políticas públicas que tiendan a determinar cuándo se está en presencia del inicio de una carrera delictiva, recurriendo a muchos parámetros de medición a fin de analizar la frecuencia en el actuar criminal (reincidencia), su inicio y su final, tomando en consideración la edad, el género, y las condiciones sociales y laborales. Un amplio estudio sobre la aplicación y el análisis empírico se encuentra en KYVSGAARD, B. *The Criminal Career*, Reino Unido, The Danish Longitudinal Study, Cambridge University Press., 2003, pp. 10 y ss.

²⁵⁵ Cfr. una completa descripción sobre esa situación en SOOTHILL, K. Soothill K (2010) Sex offender recidivism. In: Tonry M (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research*. Vol 39, Chicago, IL: University of Chicago Press, p. 196. El enfoque de las políticas de sanción a los delincuentes sexuales se ha focalizado en la protección de la sociedad más que en la rehabilitación de esta clase de delincuentes. Las políticas de protección de la sociedad deben ser ejecutadas de manera armónica con la posibilidad de rehabilitación de los depredadores sexuales. Si, por ejemplo, una política de protección pública excluye a los delincuentes sexuales de encontrar acomodación en una ciudad, esto va en contra de cualquier idea de rehabilitación.

²⁵⁶Un análisis detallado de estas políticas en BURCHFIELD, K.; SAMPLE, L. L. y LYTLE, R. “Public Interest in Sex Offenders: A Perpetual Panic?”, 15 *Crim. Just. & Soc.* 96 2014, p. 111, quienes llegan a la conclusión de que, “debido al grado de interés público, y a la opinión que se ha creado en torno a que los delincuentes sexuales están sujetos a un riesgo de reiteración delictiva, la sociedad ha percibido que otros delincuentes pueden ser considerados riesgosos a los valores comunitarios y a la seguridad colectiva como, por ejemplo, quienes participan de la delincuencia común (robos), buscando su adición a las bases de datos de ADN (CODIS), y a los registros, y debido a la restricción que experimentan en sus residencias, la sociedad ha aceptado dichas políticas, siendo en este sentido las leyes de registro de delincuentes sexuales (*gateways legislation*) las utilizadas para restringir aún más los derechos bajo supuestos morales, manejando más tipos de riesgos y controlando más personas y sus comportamientos”.

No obstante, la comisión de un delito es un indicio de que en determinadas situaciones el individuo puede volver a actuar ilícitamente. Acto que tiene una incidencia directa en el orden social, razón por la cual el Estado está legitimado para utilizar ciertos mecanismos de control con la finalidad de evitar futuras actuaciones delictivas, imponiendo medidas jurídico-administrativas de control hacia estos individuos. Pese a ello, esta situación fomenta la desigualdad en el sistema de justicia penal, lo cual veremos en el Capítulo IV al analizar los distintos modelos de registro de ADN.

Un tema interesante es el registro de delincuentes sexuales en lo que, sin lugar a dudas, es una medida administrativa que exige la inclusión del perfil genético. Ello no da lugar a poner en tela de juicio que la inclusión del ADN de personas consideradas peligrosas en las bases de datos es una medida administrativa de control para fines policiales. En España, la legislación del sistema de protección de menores, su grupo de interés son los delincuentes sexuales, por lo que el 100% de los datos insertados pertenecerá a personas peligrosas, reiterando las tesis del derecho penal de la tercera velocidad, al estigmatizar a esta clase de delincuentes.

Por último, incluso en algunos Estados se ha insertado en el debate penal y de política criminal el término “regulación”²⁵⁷. Esta situación se debe a una mutación del sistema de justicia penal a un sistema administrativo de gestión de riesgos en el que se puedan controlar personas consideradas peligrosas en razón de sus

²⁵⁷ CRAWFORD, Adam, “Governing through Antisocial Behavior, Regulatory Challenges to Criminal Justice”, *Brit Criminol.* 2009 (49), p. 811: “Debido al reconocimiento de las limitaciones del sistema formal de justicia criminal en incidir o tener efecto en el cambio de comportamiento de alguna clase de delincuentes, nociones como ‘mejor regulación’ han sido prominentes en las agendas gubernamentales. En el contexto de la realización de crímenes, las nociones de regulación responsable han estado presentes en los debates de justicia restaurativa y su incierta relación con las formas tradicionales de la justicia penal”.

antecedentes conductuales. Este concepto se fundamenta en que el derecho penal debe proveerse de medidas de aseguramiento con la finalidad de brindar una adecuada protección a la sociedad, y legitimado con base en la comisión de ilícitos. Lo que ratifica nuestra tesis de que se trata de medidas de control administrativas, más que penales, y que parecería que la administrativización del derecho penal es una tendencia a tener en cuenta en estos tiempos.

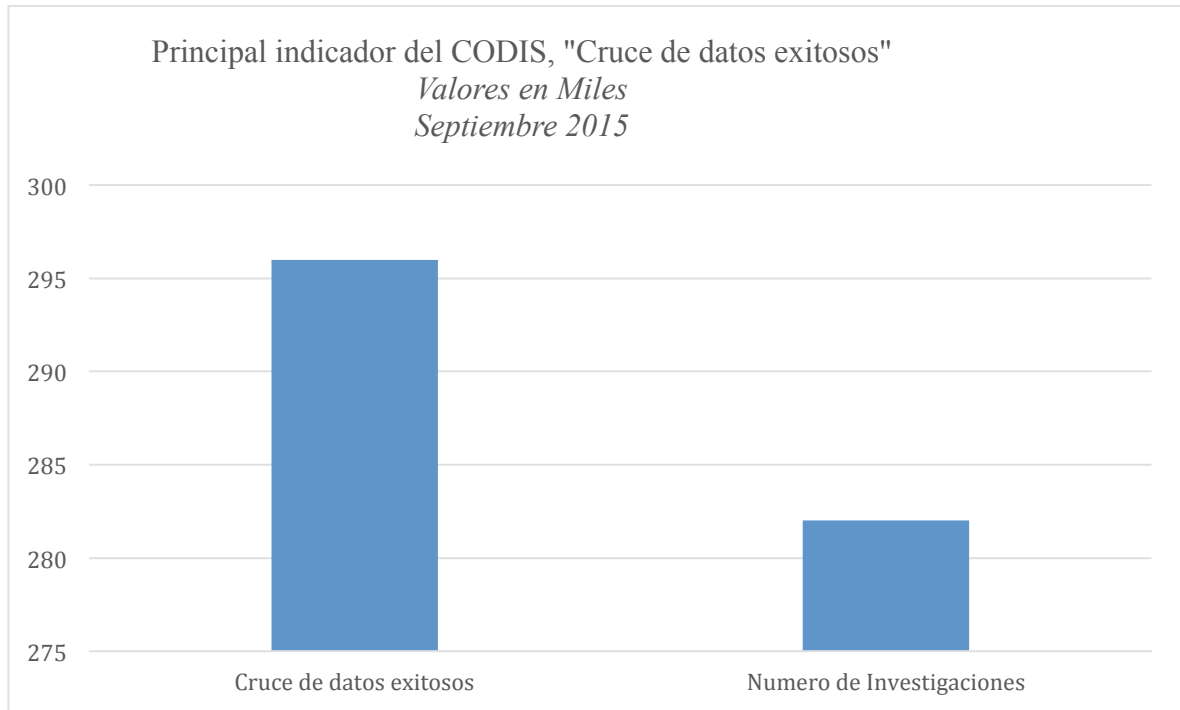
5. Objetivo del almacenamiento de información genética: la disuasión y evitar la reincidencia

La prueba del ADN ha sido altamente exitosa y efectiva en el esclarecimiento de situaciones delictivas. Durante las últimas tres décadas se ha convertido en el principal avance de la ciencias forenses, demostrando su eficiencia en la identificación de personas responsables de hechos punibles. En Estados Unidos la utilización del CODIS al mes de septiembre del año 2015 ha producido 296.490 coincidencias entre perfiles genéticos de personas o escenas del delito que se encuentran siendo investigadas como consecuencia del cruce de datos, y en 282.175 investigaciones en que ha sido utilizado, como se puede observar en la siguiente gráfica.

Gráfica 2

Principal indicador del CODIS: "Investigaciones Asistidas"

Valores en miles (septiembre de 2015)



Fuente: Federal Bureau of Investigation (FBI). Disponible en [www.fbi.gov].

Para sustentar la anterior afirmación sería necesario examinar las estadísticas en el uso de la tecnología del ADN con fines forenses y su impacto en la reducción de las tasas delictivas. Un análisis de esta magnitud no es el objeto del presente estudio por ser necesario utilizar cálculos econométricos ajenos a las ciencias jurídicas. Pero sí podemos realizar un análisis metodológico desde el punto de vista de las ciencias jurídicas, y un análisis económico del derecho²⁵⁸, que permitan establecer

²⁵⁸Un trabajo muy interesante en esta línea es el de SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Política criminal y persona*, Argentina, Ad-hoc, 2000, p. 38, quien en el Capítulo II sobre “Eficiencia y derecho penal”, analiza el concepto de eficiencia en derecho penal a partir de las técnicas del análisis económico del derecho. “En efecto, cuando se habla de eficiencia en derecho penal, parece pensarse ante todo en esto: no precisamente en la que conducta aportando beneficios para todos no perjudica a nadie (no es vedada por nadie), sino en aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida le perjudiquen”.

si las bases de datos de ADN tienen algún efecto en la disuasión de actos delictivos en las personas afectadas con estas medidas.

En ese orden de ideas, y como habíamos analizado anteriormente, los analistas económicos del derecho han desarrollado ciertas fórmulas que permiten establecer si una determinada política pública en el ámbito criminal es eficiente para disuadir a los individuos de cometer conductas punibles. En ese sentido, RICHARD POSNER elaboró²⁵⁹ la siguiente ecuación para analizar los efectos disuasivos:

$$D = G \times C \times C_1 \text{ del castigo}$$

Dónde:

D = Disuasión

G = Gravedad

C = Certeza

C₁ = Celeridad

Con la finalidad de lograr la disuasión los Estados han elaborado políticas atendiendo a ambos componentes de la fórmula. Así, en California se han elaborado políticas públicas para disminuir los actos delictivos incrementando la gravedad (*G*) de las penas mediante las famosas leyes “*three-strikes*”²⁶⁰ (“a la

²⁵⁹ Cfr. Posner, Richard. “Economic Analysis of Law”, 7.^a ed., New York, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, Law & Business., 2007, p. 215 y ss.

²⁶⁰ Para un análisis crítico sobre la aplicación del proporcionalidad de estas legislaciones, cfr. CASTIÑEIRA, M. T. y RAGUES, R. “Three Strikes. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en CARBONELL, M. (ed.). *El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, pp. 189 y ss.: “Entre 1993 y 1995 veinticuatro estados, así como el gobierno federal, aprobaron leyes similares endureciendo notablemente el

tercera estás fuera”). Esta legislación estableció que aquel que comete un segundo delito después de ser condenado como autor de un delito grave o violento será condenado a una pena, como mínimo, del doble de la pena correspondiente al segundo delito imputado. En caso de reincidir la persona en actividades delictivas, será castigada con prisión perpetua, con opción a la libertad condicional después de los veinticinco años de condena. Estas políticas han sido criticadas debido a la desproporcionalidad de las penas y al efecto inocuidador²⁶¹ sobre las personas, pues no toman en consideración la reinserción social.

En otro orden de ideas, los Estados han desarrollado políticas empleando la fórmula en el aspecto de incrementar la posibilidad de imponer una pena a una persona que comete un delito (C). En ese sentido, se han realizado estudios en los que se ha demostrado que el incremento del tamaño de las fuerzas policiales ha disminuido las tasas del delito en determinadas ciudades norteamericanas²⁶².

tratamiento de los reincidentes. Todas estas leyes presentaban un importante denominador común: la imposición de penas de prisión muy prolongadas –a menudo la reclusión perpetua– a partir del tercer delito grave cometido por un mismo acusado. Por esta razón la opinión pública norteamericana empezó a referirse a ellas como leyes “*Three Strikes and You’re Out*” (“Eliminado a la tercera”), una expresión que proviene del beisbol, en que el bateador es eliminado del juego si al tercer intento no consigue golpear la bola”.

²⁶¹ cfr. CASTIÑEIRA, M. T. y RAGUES, R. “Three Strikes...”, cit., p. 212: “Desde el punto de vista de la función de la pena, es evidente que lo que inspiró la creación de estas leyes fueron objetivos como la intimidación y la inocuidación: el primer objetivo basado en la idea de que penas tan graves como las establecidas disuaden a potenciales delincuentes de cometer nuevos delitos; y, el segundo, bajo el lema de que un criminal entre rejas no puede cometer delitos en las calles. Sin embargo, lo que convierte en verdaderamente llamativas a las leyes *three strikes* es que en ellas la persecución de estos objetivos ha sido llevada a sus últimas consecuencias, hasta el punto de ignorar por completo funciones como la retribución o la resocialización, que, a diferencia de lo que ha sido habitual en el Derecho penal contemporáneo, no desempeñan aquí papel alguno, ni siquiera limitador”.

²⁶² Para un estudio detallado cfr. EVANS, Willian y OWENS, Emily. “Cops and crime”, *Journal of Public Economic*, 2007, 91, pp. 181-201.

Esta parte de la ecuación de la fórmula sobre la certeza en la imposición de la pena, que es la que interesa a los fines del presente estudio, la dividiremos en dos etapas diferenciadas de acuerdo con los análisis económicos de los costos o efectos negativos del delito sobre el delincuente al momento de tomar una decisión racional²⁶³ de delinquir basada en maximizar sus beneficios. Por un lado, el costo o efecto negativo de la investigación en sí sobre el delincuente, que es la capacidad de aprehensión que despliega el Estado al momento de capturarlo; luego la fase procesal que, además de su simbología penal, significa otro efecto negativo para el delincuente.

En ese sentido, si el Estado tiene almacenado el perfil genético de la persona que intenta delinquir, su aprehensión resultará más expedita y por ende supone un costo o efecto negativo a calcular en el proceso de elección racional de delinquir, que podría disuadirle de cometer una infracción penal al verse no incentivado²⁶⁴. Esta situación es interesante porque si el almacenamiento de información genética es

²⁶³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Política criminal y persona*, cit., p. 42: “A partir de ahí, el análisis económico del derecho penal sostiene que los destinatarios de éste son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia, esto es, calculando los costes y los beneficios que cada acción les reporta. Ello determina que si, en el margen de información de que se dispone, una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella. En particular, un sujeto cometerá un hecho delictivo si y sólo si la sanción esperada es inferior que los beneficios privados esperados por la comisión del acto. Tal descripción responde a la teoría (criminológica, en nuestro caso) del comportamiento racional, o *rational choice*; en otro términos, de la imagen del hombre como *homme machine* u *homo oeconomicus*, opuesto a un *homo sociologicus*”.

²⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Política criminal y persona*, p. 49: “El pensamiento económico de la criminología, en efecto, no busca la respuesta a la pregunta acerca de por qué delinquen los hombres en condiciones de la personalidad o del ambiente, sino que trata de explicar la criminalidad como un comportamiento basado en la decisión racional que trata de maximizar el beneficio: tanto los hombres en general, como los delincuentes en particular, responden a incentivos en este sentido”.

internalizado por el potencial delincuyente, asumiendo la probabilidad de una nueva aprehensión policial, y por consiguiente, una condena judicial, se habrá logrado la disuasión de la reiteración delictiva. Y es que actualmente la prisión ha sido relegada por barreras o controles virtuales en los que el delincuyente opte por no delinquir existiendo una prevención situacional²⁶⁵ más que social.

No obstante, debemos expresar que para frente a individuos que cometen actos delictivos basados en creencias religiosas o políticas pertenecientes a grupos terroristas (p. ej. el Estado Islámico) no sería factible utilizar los mismos métodos de disuasión, pues tales grupos tienen una forma muy particular de elección racional basada en valores distintos a los de la delincuencia común. A diferencia de esta, los terroristas están dispuestos a sacrificar su vida por lo que la ecuación no funciona igual en lo que respecta a incentivos y desincentivos, situación que ha sido muy estudiada en los últimos años²⁶⁶⁻²⁶⁷.

²⁶⁵ Interesantes las afirmaciones sobre la prevención situacional en DE GEORGI, Alessandro. *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*”, RIVERA IÑAKI y MONCLÚS MARTA (trads.), Barcelona, Virus Editorial, 2005, p. 71: “Cuando se habla de prevención situacional, se hace referencia en definitiva a un conjunto de estrategias dirigidas a contener las variables que inciden en la producción de comportamientos; pero esto ya no se hace a través de la gestión y control de las circunstancias sociales o subjetivas de desviación, sino a través de la delimitación de los espacios de vida de los sujetos, es decir, de la elevación de barreras artificiales. Estas barreras pueden ser materiales o simbólicas, y deben limitar las posibilidades de movimientos, interacción y acción de los sujetos. Dirigiéndose a los factores ambientales de producción de la desviación, a un hábitat de interacción desviada que ya no es considerado como un contexto social a reconstruir sobre la base de modelos de integración, sino tan sólo como un contexto físico-espacial capaz de limitar los comportamientos desviados, la prevención situacional constituye uno de los primeros ejemplos de las nuevas formas de control”.

²⁶⁶ El fenómeno de la disuasión de los actos terroristas ha sido analizado durante los últimos años. Los argumentos pueden ser agrupados en tres: a) Los terroristas son irracionales; 2) Sus fines políticos están por encima de cualquier riesgo que los Estados intenten controlar, y 3) Los terroristas no son fáciles de encontrar; al respecto cfr. TRAGER, R. F. y ZAGORCHEVA, D. P. "Deterring Terrorism: It Can Be Done", *International Security* 30, No. 3 (Winter 2005/06): 87-123, quienes abogan por trabajar independientemente la disuasión de estos factores.

Aunque la prueba del ADN puede convertirse en una herramienta útil al momento de la aprehensión de los delincuentes, pues le permite al Estado actuar con mayor rapidez y, por lo mismo, invertir menos tiempo y recursos para determinar a ciencia cierta cuándo una persona puede ser considerada sospechosa por encontrarse sus vestigios biológicos en la escena del crimen. Es importante recordar que el uso de esta prueba por los tribunales no puede ser considerado concluyente, sino que debe ser corroborada mediante otras pruebas adscritas al proceso, precisamente por su efectividad en individualizar a una determinada persona, tal como analizamos en el Capítulo II.

Las estadísticas judiciales demuestran que esta prueba ha sido altamente exitosa tanto para anexarla a los expedientes de personas que se encontraban cumpliendo condenas, como para solucionar los casos en donde fue aplicada. Ello, unido a la utilización de técnicas propias del análisis económico del derecho en el ámbito de la justicia penal, necesariamente aumenta los costos o efectos negativos para los delincuentes y, por ende, consigue, en nuestra opinión, un mayor grado de disuasión.

²⁶⁷ En términos similares a la nota anterior, Kroennig, Matthew y Barry, Pavel, “How to deter terrorism”, *The Washington Quarterly*, spring 2012, p. 24, consideran que conocer las estructuras internas de las bandas terroristas permite analizar los costos y beneficios de cada uno de sus componentes, y en especial la división funcional sobre la cual toman sus decisiones de forma racional, haciendo más eficiente la capacidad estatal de disuasión: “To devise an appropriate deterrence strategy against terrorists, it is necessary to disaggregate a terrorist network into its component parts. Although many observers think of terrorists solely as the foot soldiers who conduct attacks, there are many other actors in a terrorist network: radical clerics preach incendiary sermons that incite violence, financiers fund terrorist operations, and leaders give orders to carry out attacks. Deterring these actions, therefore, can be as important as directly preventing attacks themselves. A comprehensive counterterrorism strategy aims to disrupt and deter activities in all of the key parts of a terrorist network”.

En fin, el uso de las bases de datos de ADN puede ser considerado como una redefinición de la política criminal de los Estados impactados por las nuevas tecnologías de la información y la genética. La combinación de ambas situaciones en las base de datos de ADN ha jugado un rol estelar en los inicios del presente siglo en la lógica del control social²⁶⁸. Esta clase de política se fundamenta en el control del riesgo de las personas a delinquir y el Estado invierte recursos en la primera parte de la ecuación relacionada con mecanismos de aprehensión de delincuentes, es decir, en la gestión del delito. Estos mecanismos se convertirán en costos o efectos negativos para el delincuente al momento de tomar la decisión de delinquir (*“elección racional”*) e influyen en la disuasión de futuras actividades delictivas²⁶⁹.

²⁶⁸ Critica esta situación, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G. “Lo cotidiano del control en la gubernamentalidad liberal del siglo XXI: una lectura desde Foucault, treinta años después”, en BESS.A FERNÁNDEZ, C. *et ál.* (eds.). *Contornos bélicos del Estado securitario*, p. 42: “Asistimos hoy a un proceso en el que la introducción de las tecnologías y las comunicaciones para el control de las poblaciones ha modificado no solamente la forma en que se controla –a distancia, a partir de las huellas biológicas y con bases de datos y microchips– y el teatro del control, sino también los temas sobre los que discurre la lógica del control, los sujetos controlados y los sujetos controladores. Sin embargo, este proceso es hijo de la lógica implantada hace doscientos años, la gubernamentalidad liberal, ahora remozada”.

²⁶⁹ Cfr., por todos, DOLEAC, Jennifer L. “The Effects of DNA Databases on Crime”, 1.º de enero de 2015. Disponible en [<http://ss.rn.com/abstract=2556948>], consultada el 22 de noviembre de 2015. El estudio comprende la situación que aconteció en los años 2000 y 2010 en los Estados de Florida, Georgia, Miss.ouri, Montana, New York, North Carolina y Pennsylvania. Los datos tomados sobre cada persona estudiada fueron su fecha de encarcelamiento (incluyendo la condena y la fecha de salida), el delito cometido, la fecha de nacimiento y la raza (solo de género masculino). Según el estudio, el almacenamiento de perfiles genéticos reduce en un 3,9% la probabilidad de reincidencia de las personas de las que se conserva el ADN dentro de los cinco años, en un 14% la de las personas consideradas delincuentes peligrosos (homicidas, violadores, ladrones que utilizan la violencia, ladrones de vehículos, entre otros), y en un 2,9% la de las personas que cometen delitos serios sobre la propiedad. Concluyendo que los efectos disuasivos del ADN han tenido un impacto significativo sobre la reducción de las tasas de los delitos en los últimos veinte años.

6. Conclusiones

1. En España existen tres legislaciones que definen la conservación de información genética: la Ley Orgánica 10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; el artículo 129 bis del Código Penal, y la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia. Estas dos últimas complementaron la primera legislación y definieron la naturaleza jurídica del registro de perfiles genéticos.
2. El artículo 129 bis del Código Penal ubicó sistemáticamente la conservación del ADN en las consecuencias accesorias del delito. Las consecuencias accesorias de los delitos, en nuestra opinión, habilitan a otras disciplinas jurídicas a evaluar el fenómeno delictivo desde su óptica permitiendo una valoración integral del sistema jurídico del injusto penal. A nuestro entender, en el caso de la conservación del perfil genético, el derecho administrativo sería más afín para analizar la naturaleza preventiva de las bases de datos de ADN.
3. Así, la disposición del artículo 129 bis del Código Penal español otorga a las bases de datos de ADN una naturaleza jurídica de medidas de control administrativas policiales. En ese orden de ideas, tienen por finalidad un reforzamiento (*enforcement*) de la disuasión de las personas condenadas en el cumplimiento de la ley, al tener el mensaje implícito de que si reinciden en actividades delictivas serán aprehendidos e identificados rápidamente por el Estado.
4. Es tan marcada su naturaleza administrativa que al momento de su imposición el juez deberá tomar en consideración situaciones ajenas al derecho penal, entre ellas: *las circunstancias del hecho, los antecedentes, la valoración de la*

personalidad, o cualquier otra información disponible que pueda valorarse y que demuestre que existe un peligro relevante de reiteración delictiva.

5. El almacenamiento de información genética presenta similitudes y diferencias con las penas y medidas de seguridad del derecho penal. En las penas se parte de un criterio de culpabilidad, mientras que en las medidas de seguridad se parte del supuesto de peligrosidad. Sin embargo, en la conservación estatal de material genético el criterio es la reincidencia en actividades delictivas de una persona en plena capacidad de elegir.
6. Por su parte, la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia, ordenó la creación del RCDS, el cual se formará con los datos relativos a la identidad y el perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que se incluyen la agresión y el abuso sexual, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución y explotación sexual, y la corrupción de menores.
7. El almacenamiento del perfil genético en el RCDS confirma la naturaleza administrativa de esta medida. Ello, porque su finalidad es de control sobre las personas que ejercen actividades laborales relacionadas con menores. Esta situación queda evidenciada en la exigencia de la expedición de una certificación negativa del RCDS para poder acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores (art. 5.º).
8. En la legislación de menores el registro del perfil genético constituye un doble reforzamiento (*reenforcement*) de cumplimiento de la ley dirigido en primer lugar a personas condenadas por delitos de naturaleza sexual. En segundo lugar,

a las personas que tengan por profesión u oficio actividades en las que tengan contacto con menores de edad, las cuales, en caso de delinquir, no podrán volver a trabajar en ese sector debido a la certificación negativa del RCDS para acceder a ese segmento del mercado laboral.

9. Ambas situaciones, bases de datos de ADN e inserción de perfiles genéticos en el RCDS, se inscriben en el fenómeno de administrativización del derecho penal. Este fenómeno tiene su incidencia en las consecuencias jurídicas de los delitos, en donde lo importante es controlar a las personas consideradas con alto riesgo de delinquir o de reiterar su conducta delictiva fundamentándose básicamente en criterios estadísticos.
10. Las bases de datos de ADN tienen un alto potencial de impactar en la conducta de los criminales y en la seguridad pública. Ello plantea una redefinición de la política criminal desde una óptica costo-beneficio, incrementando la probabilidad de aprehensión en vez de las sanciones, y con un efecto directo en la elección racional de delinquir para beneficiar el orden social mediante la disuasión del delincuente a reincidir.

11.

Capítulo IV
**Modelos del almacenamiento de información genética, control social
e igualdad. Toma de postura**

Capítulo IV

Modelos del almacenamiento de información genética, control social e igualdad. Toma de postura

“El ADN ratifica que el cadáver de Astorga es de la peregrina”²⁷⁰

El país. Madrid.

La policía científica ha confirmado definitivamente, a través de una prueba del ADN, que el cadáver hallado en una finca cerca de Astorga (León) el pasado 11 de septiembre pertenece a la peregrina estadounidense Denise Pikka Thiem, según informaron a Efe fuentes de la investigación. La turista, de 41 años, desapareció mientras recorría el Camino de Santiago.

La policía ha cotejado el ADN de los restos encontrados con el de la familia de la víctima. Los investigadores encontraron el cuerpo de Thiem en una finca de Castrillo de los Polvazares (León). Después de la detención de su asesino confeso, Miguel Ángel Muñoz Blas, de 39 años.

La utilización forense del ADN ha sido el avance más importante de la criminalística durante los últimos veinte años. Como ya lo hemos manifestado, la información genética ha sido decisiva a la hora de absolver o condenar judicialmente, lo cual ha incentivado la creación de bases de datos de perfiles genéticos con fines de prevención y esclarecimiento de los delitos. Pero también esta prueba ha sido determinante en los casos más importantes de los últimos años a nivel internacional, y ha sido utilizada para identificar víctimas, como ocurrió en la noticia citada.

²⁷⁰ *El país*, El Periódico Global, Edición Internacional, sección España, sábado 26 de septiembre de 2015, p. 23.

El ADN suministra más información de la necesaria para la investigación y prevención de los delitos, razón por la cual el almacenamiento estatal de información genética debe ser regulado con la finalidad de evitar posibles vulneraciones a los derechos fundamentales. En el presente capítulo analizaremos las características de los distintos modelos creados para almacenar información genética, sus beneficios y críticas, los argumentos jurídicos que fundamentan estos procedimientos, y los diferentes esquemas de duración de los datos en las bases creadas por los Estados para su conservación con fines de investigaciones penales futuras, a fin de tomar postura sobre el modelo que consideramos más acorde con los derechos fundamentales y eficiente en la política criminal, modelo que debe ser equitativo con la población y servir para salvaguardar el buen uso de la información genética.

1. Clasificación del proceso de almacenamiento de perfiles genéticos en sistemas informáticos

El almacenamiento de información genética por los Estados se realiza a partir del momento en que se autoriza la inserción de un perfil en una base de datos para fines de investigación penal. El parámetro utilizado en el presente estudio es la imputación de una infracción penal a una persona determinada, sin necesidad de que sea comprobada con una sentencia su culpabilidad o inocencia. Así, al almacenar perfiles genéticos, el derecho estatal puede ser tanto predelictual como posdelictual. Y atendiendo a un modelo u otro, los Estados determinan las personas a las que se les puede realizar la medida de extracción de material genético para su registro en bases de datos de ADN y la duración de los perfiles en las mismas.

El almacenamiento posdelictual se configura cuando el ordenamiento jurídico establece la obligación a una persona de ceder el perfil genético como

consecuencia jurídica de la comisión de un delito. En principio esto ocurre cuando la legislación vigente, al producirse el fallo judicial, le otorga al Estado la potestad de conservar la información genética obtenida en el proceso de investigación, como tuvimos oportunidad de analizar en el Capítulo III.

No obstante, en Estados Unidos se ha aplicado retroactivamente la obligación de realizar análisis genéticos a individuos que se encuentran cumpliendo condenas por delitos cometidos antes de la entrada en vigencia de las legislaciones que ordenaban la conservación estatal del perfil genético, y se encontraban disfrutando de beneficios penitenciarios. A los fines del presente estudio ambos esquemas de registros de perfiles genéticos serán considerados posdelictuales y les denominaremos *restrictivos*²⁷¹.

El otro sistema de bases de datos de ADN se produce cuando se registra el perfil genético de personas que no son responsables de la comisión de un delito. Esto puede ocurrir en dos situaciones: la primera cuando las autoridades policiales detienen a un individuo con fines de investigación y le obligan a permitir retirar de su cuerpo una muestra biológica para extraer de ella el ADN, y no le formulan cargos judiciales; la segunda, cuando se le impone a un grupo de ciudadanos de un país o de una ciudad determinada la obligación de ceder su perfil para otras

²⁷¹ Este concepto es utilizado por Etxeberria Guridi, José Francisco. “La prueba del ADN en el futuro proceso penal Español”, en Gómez Colomer, Juan-Luis. *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 290, refiriéndose más a aspectos de la prueba en sí, es decir, procesales, que al almacenamiento de información genética en bases de datos de ADN, aunque considera que si los delitos por los cuales a una persona se le puede realizar esta diligencia son graves, en su mayoría sexuales, estaríamos ante un modelo restrictivo. Esta no es nuestra apreciación porque, como dijimos, una persona que comete un delito grave tal vez realiza esa sola conducta durante toda su vida, mientras una carrera criminal se puede iniciar con conductas mínimamente graves e irse ampliando en el tiempo, por ello, para nosotros, si hubo la comisión de un ilícito, independientemente de la consecuencia jurídica, les consideramos restrictivos.

finalidades ajenas o no a la investigación de delitos, estando en este caso la conservación estatal de información genética en base de datos dirigida a todos los individuos de un Estado o región determinado. A los fines del presente estudio estos modelos se denominan *expansivos*²⁷².

Adicionalmente, existe un modelo intermedio de recolección de información genética entre los modelos restrictivos y expansivos, en el que el ciudadano tiene la opción de ceder voluntariamente su perfil genético para ser conservado por el Estado. A diferencia de los modelos anteriores, el titular de la información tiene la potestad de consentir o no en estas prácticas. Esta forma de almacenamiento será denominado modelo *voluntario*.

En las legislaciones de algunos países estos modelos de inserción de perfiles genéticos de bases de datos de ADN pueden estar combinados entre sí. Sin embargo, en el presente estudio no desarrollaremos este modelo porque sería anticipar los argumentos que esbozaremos como fundamento de los modelos restrictivo, expansivo y voluntario, los cuales, a fin de ilustrar al lector, denominaremos híbridos. Esta situación ocurre en España, en donde la ley permite

²⁷² La palabra expansión es un concepto familiar en materia de bases de datos de ADN, mayormente cuando estas técnicas eran utilizadas contra personas arrestadas por sospechas, sin necesidad de estar implicadas en la comisión de ilícitos. Cfr. Arledge, Rhea S. “Capital Perspective”, *40-JUN Prosecutor* 43, p. 47; Schmitt, Glenn, “Online Forensic DNA Training Program Targets Lawyers”, *Judges R. 40-JUN Prosecutor* 17, p. 17. En la doctrina española también Etxeberria Guridi, José Francisco. “La prueba del ADN en el futuro proceso penal Español”, cit., p. 290: “Con ello queremos decir que, no solo se desvanecen las limitaciones –por ejemplo, en lo tocante al ámbito de aplicación de las técnicas genéticas– imperantes, en ese primer momento, sino que incluso ese efecto expansivo se acompaña de una paralela relajación de las garantías procesales que rodeaban inicialmente dichas técnicas”. Como se puede observar, el concepto se fundamenta más en aspectos de garantías procesales. A los fines de este estudio, cuando utilicemos la palabra expansivo nos referimos a personas que, sin estar envueltas en la comisión de un delito, el Estado les almacena el perfil genético, siendo su tendencia recabar y almacenar en un futuro todos los perfiles genéticos de una población determinada.

retener los perfiles genéticos de los sospechosos no imputados y a la vez de las personas condenadas por delitos graves.

2. Modelo restrictivo. Definición y fundamento jurídico

En este modelo de registro de ADN en bases de datos la legislación establece expresamente la potestad estatal de conservar el perfil genético al momento de imputarse un delito, independientemente de que la sentencia sea condenatoria o absolutoria. Este modelo lo hemos clasificado a su vez en propio e impropio.

El artículo 9.1 de la LO 10/2007 del 8 de octubre establece que el Estado conservará los perfiles genéticos de las personas a las cuales se les haya dictado sentencia tanto condenatoria como absolutoria por la concurrencia de causas eximentes debido a la falta de imputabilidad o culpabilidad, lo cual quiere decir que la persona estuvo envuelta en la comisión de un delito, siendo este el punto de partida para proceder al registro del ADN en la base de datos, manteniendo esta potestad si es absuelta por cualquiera de las razones precedentemente expuestas.

Esta situación parecería crear una desigualdad entre las personas que son condenadas y las que son eximidas de responsabilidad penal, lo que podría llevar a cuestionar constitucionalmente dicha práctica. En el caso *S. y Marper contra Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre dicha situación, declarándose contraria al artículo 8.º de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Corte señaló su preocupación por la posible estigmatización que dicha medida podría producir en las personas absueltas, y la violación al principio de presunción de inocencia²⁷³. Este fenómeno

²⁷³ *S y Marper contra Reino Unido* de 4 de diciembre 2008. TEDH 2008\104, acápite 122, p. 39: “[...]Particularmente preocupante en este caso, es el riesgo de estigmatización, que se deriva del hecho de que las personas en la situación de los demandantes, que no han sido reconocidos

se ve agravado en países como Estados Unidos y Reino Unido donde la mayoría de las personas detenidas por la policía pertenecen a minorías raciales²⁷⁴, haciendo el sistema más desigual para las mismas.

En Europa, a partir del fallo *S. y Marper vs. Reino Unido*, para insertar un perfil genético en la base de datos es necesario que exista sentencia condenatoria, aunque es preciso resaltar, la sentencia solo se pronunció en el caso de personas sometidas a la justicia que no resultaron condenadas y no para otros modelos como los analizados en el presente estudio. En caso de absolución a beneficio de la persona titular de la información genética la misma debe ser eliminada del sistema informático.

2.1. Modelo de almacenamiento restrictivo propio

En un primer período la potestad estatal de conservación de la información genética fue concebida para individuos condenados por infracciones graves, principalmente delitos contra la libertad sexual. La finalidad de esta medida de control era proteger a sujetos considerados vulnerables (mujeres y niños) contra agresores sexuales. El fundamento de esta primera etapa eran las altas tasas de

culpables de ninguna infracción y tienen derecho a beneficiarse de la presunción de inocencia, sean tratados de la misma manera que los condenados”.

²⁷⁴ Murphy, María. “The Criminal Justice (Forensic evidence and DNA Databases System) Bill 2010: Are the proposal compliant with the European Convention on Human Right”, *10 U. C. Dublin L. Rev.*, 85 2010, p. 99: “Una persona arrestada dos veces y acusada en ambas goza en las dos ocasiones de la presunción de inocencia. El hecho de que ciertas personas en nuestra sociedad, incluyendo niños, jóvenes de sexo masculino, y ciertas minorías, tengan más probabilidades de ser detenidas se convierte en una dificultad del sistema. La retención de estas clases de perfiles causa más daños y es difícil justificar su proporcionalidad”.

reincidencia en este tipo de infracciones, y los vestigios biológicos recogidos en la escena del crimen y almacenados en las bases de datos²⁷⁵.

En este primer momento, que podríamos considerar histórico en lo que concierne a las bases de datos de ADN, el modelo se fundamentaba en que una persona que fuese condenada por un delito de naturaleza sexual había disminuido sus expectativas de privacidad en relación a la sociedad (*Diminishing of Privacy Theory*). Esta situación fue cuestionada en varias cortes de apelación²⁷⁶ de Estados Unidos llegando a las siguientes conclusiones: a) Las extracciones de sangre eran mínimas en relación a los intereses privados de las personas; b) El interés público en prevenir la reincidencia e identificar asesinos y delincuentes sexuales prevalecía sobre el derecho a la privacidad, y c) Las altas probabilidades de que las bases de datos de ADN ayudarían en este interés público les hacía concluir que la injerencia era razonable y por ende constitucional al tenor de la IV Enmienda.

La decisión era tomada mediante una ponderación realizada (*balancing test*) entre la expectativa disminuida de privacidad de las personas condenadas, y el interés público atinente a crear una base de datos de ADN que tuviera, o bien la capacidad de perseguir crímenes y proteger a los ciudadanos de delitos violentos, o la de proteger el derecho a la privacidad y la dignidad humana²⁷⁷.

²⁷⁵ Por ejemplo, en el ámbito continental europeo, específicamente en el caso de Francia, la primera legislación mediante la cual se instauró la posibilidad, por parte del Estado, de almacenar perfiles genéticos estaba contenida en la Ley No. 98-468 del 17 de junio de 1998, relativa a la protección y prevención de las infracciones sexuales y de protección de los menores.

²⁷⁶ *Rise vs. Oregon*, 59 F.3d 1556, 1559 (9th Cir. 1995). Disponible en [<http://www.ca9.uscourts.gov/library/>], consultada el 23 de mayo de 2015.

²⁷⁷ Sobre esta primera etapa cfr. Dodson, Angus J. “DNA Line-Ups, Based on Reasonable”, 71 *U. Colo. L. Rev.* 221, 2000, p. 253, quien concluye que: “La técnica del ADN refuerza el interés gubernamental en investigar crímenes graves condenando a sus responsables y asegurándose de

Con el paso del tiempo, durante un segundo periodo, el modelo fue ampliado a perfiles genéticos correspondientes a otras diversas infracciones que podríamos considerar de cierta gravedad atendiendo al bien jurídico lesionado (p. ej., homicidios)²⁷⁸, delitos que tenían en común las siguientes circunstancias: a. Violencia en su ejecución y un fuerte grado de protección contra la infracción, asignado por el sistema jurídico a través de las penas, y b. Altas probabilidades de encontrar un vestigio biológico en la escena del crimen.

En un tercer período, una mayor reincidencia en las infracciones, y la posibilidad de encontrar vestigios biológicos en otras clases de delitos, propiciaron modificaciones en las legislaciones de varios países para ampliar las contravenciones por las que se podía almacenar información genética. En ese sentido, en un informe titulado “Reincidencia de los reclusos dejados en libertad en el año 1994”, elaborado por la Oficina de Estadísticas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en junio de 2002²⁷⁹, se establecieron las infracciones

exonerar de responsabilidad penal al inocente. Entonces, el rechazo a esta técnica de investigación limitada a ciertos grupos de delincuentes es restringida. Mientras esta tecnología avance, su uso no podrá ser considerado una injerencia grave en la vida privada del sujeto pasivo comparable a la toma de huellas digitales”.

²⁷⁸ Hoy en día este modelo de almacenamiento restrictivo para delitos violentos, principalmente contra la libertad sexual, continúa vigente en Bélgica, donde solo es permitido el almacenamiento de perfiles genéticos de personas condenadas a penas privativas de libertad por infracciones violentas que atenten contra la integridad física o sexual de las personas. La última modificación legislativa en Bélgica fue en fecha el 7 de noviembre de 2011, Loi modifiant le Code d’instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d’identification par analyse ADN en matière pénale. Esta legislación amplió las infracciones sobre las cuales podría recaer la medida de almacenamiento de perfiles genéticos pero mantuvo el criterio de la gravedad.

²⁷⁹ Cfr. Langan, Patrick y Levin, David J. “Reincidencia de los prisioneros dejados en libertad en el año 1994”, Departamento de Estadísticas Judiciales, Departamento de Justicia de Estados Unidos, junio de 2002. Disponible en [www.ojp.usdoj.gov/bjs/crimoff.htm], consultada el 30 de mayo de 2015.

con las tasas más altas de reincidencia, entre las cuales la mayor correspondía al robo de automotores, con un 78.8%, mientras que las tasas más bajas fueron, precisamente, las correspondientes a infracciones de carácter violento. La tasa de homicidios fue de un 40.7%, la de violaciones sexuales un 46%, y la de otras infracciones con connotaciones sexuales 41.4%. Con base en estas cifras Estados como La Florida y Carolina del Norte modificaron sus legislaciones para permitir la inserción del perfil genético de los convictos, sin importar el bien jurídico lesionado ni la pena impuesta.

El fundamento de este modelo se basaba en la tesis de que a mayor cantidad de personas con su ADN incorporado a una base de datos, mayor probabilidad habría de capturar delincuentes en futuras acciones delictivas. Adicionalmente, esta medida se fundamentaba en la suposición de que los propósitos de las autoridades policiales consistían en proveerse de mecanismos para identificar²⁸⁰ la población considerada riesgosa debido a sus actividades delictivas.

En ese sentido, los circuitos Segundo, Séptimo y Décimo de las Cortes de Apelación de los Estados Unidos²⁸¹ consideraron que la construcción de las Bases de Datos de ADN tenía como finalidad una necesidad especial (*Special Need Doctrine*), que en este caso consistía en adquirir evidencias relevantes para

²⁸⁰ Cfr. Magid, Ellen Ruth. “Will there be a freeze on cold hits? Safeguarding the constitutionality of DNA collection statutes”, 8 *N.Y. City L. Rev.* 185, p. 206. La conservación del ADN se debe añadir a la lista de procedimientos policiales de identificación de personas, puesto que actualmente es la más importante forma de filiación, sobrepasando con mucho la eficacia de las huellas digitales en la solución de casos donde concurren delitos no perfeccionados. Las muestras de ADN de delincuentes serán insertadas en las bases locales y en la federal con finalidades de identificación”.

²⁸¹ *Nicholas vs. Goord*, 430 F.3d 652, 655 (2d Cir. 2005); *Green vs. Berge*, 354 F.3d 675, 677 (7th circuit, 2004); *United States vs. Kimler*, 335, FF.3d 1132, 1146 (10th Cir. 2003).

investigar y solucionar delitos futuros. Utilizando el *balancing test* estos circuitos encontraron que el interés del Estado siempre es mayor que el interés personal, y que, por ello, es legítimo registrar el perfil genético en las bases de datos de ADN²⁸².

2.2. Modelo restrictivo impropio

El tercer período se inició en Estados Unidos con la promulgación del *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000* que permitía el almacenamiento de información genética de personas que se encontraban cumpliendo condenas o disfrutando de beneficios penitenciarios y, posteriormente, en 2003, los Estados de Arkansas y Alaska²⁸³ también promulgaron legislaciones en ese sentido, basados en *la teoría de las necesidades especiales*, analizada atrás.

El modelo restrictivo impropio no puede ser considerado en sentido estricto una medida jurídico-penal impuesta como consecuencia de la comisión de un delito, pues en estos casos la obligación de cesión del perfil genético para la conservación por parte del Estado es posterior al fallo judicial dictado de manera definitiva. En ese sentido, el ordenamiento jurídico no estipulaba esta limitación accesoria a la

²⁸² Cfr. Bennet, Natalie. “A Privacy Review of DNA Databases”, 4 *ISJLP*, 821, 2008-2009, p. 849; según esta autora, en Estados Unidos el concepto “necesidades especiales” significa que se está por encima de las necesidades normales de las agencias de seguridad; según esta doctrina, la injerencia sobre una persona es válida sin necesidad de una sospecha individualizada, y en el caso específico del ADN el Estado legitima esta práctica en la premisa de esclarecer delitos futuros.

²⁸³ En el año 2003 este Estado, mediante una enmienda presentada por el Representante Tom Anderson, amplió retroactivamente la inclusión en bases de datos del perfil genético de personas que se encontraran encarceladas o en libertad condicional (*parole or probation*) al momento de la promulgación de la legislación. Un análisis detallado sobre dicha modificación en Athens R. Marika y Rower Allysa, “Alaska’s DNA Database: The Statute, its Problems, and Proposed Solutions”, en 20 *Alaska L. R.* 389, 2003.

libertad individual al momento de pronunciarse la sentencia condenatoria, aplicándose retroactivamente la legislación penal.

No obstante, esta forma de almacenamiento de información genética está incluida en el modelo restrictivo, ya que la potestad del Estado no nace si no existe una condena anterior, la cual constituye el indicio de peligrosidad criminal, principalmente por la característica propia de esta medida de control que previene hechos delictivos futuros. De ahí que, por no reunir exactamente la característica de las consecuencias jurídicas del delito en su modalidad accesoria, pero indirectamente ser el producto de una infracción juzgada por el ordenamiento jurídico, esta medida es impropia.

En principio, los delitos juzgados no pueden ser utilizados para legitimar el almacenamiento de información genética, pues han sido evaluados previamente por el ordenamiento jurídico y se ha tomado una decisión al respecto, sin que al momento de imponer dicha condena una legislación estableciera la obligatoriedad de almacenar perfiles genéticos. A fin de evitar arbitrariedades e inseguridad jurídica, esta clase de medidas jurídico-penales solo puede ser impuesta cumpliendo con las reglas del principio de legalidad²⁸⁴. Además, al incumplir la prohibición de irretroactividad desfavorable al reo en la aplicación de legislaciones, acápite del precitado principio²⁸⁵, el Estado estaría vulnerando los

²⁸⁴ En este sentido, De Vicente Martínez. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 33, señala que esta garantía penal cierra el paso a las denominadas arbitrariedades indeterminadas y, desde luego, a la posibilidad de que el juez modifique el marco penológico establecido en la ley.

²⁸⁵ Un estudio comparado sobre la aplicación de este principio en Francia, Italia y Alemania se puede consultar en Eliseu Frígols i Brines. *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales, una perspectiva de derecho comparado*, San José de Costa Rica, Jurídica Continental, 2002.

derechos fundamentales de dichos ciudadanos creando desigualdad. Las prohibiciones de aplicación retroactiva de la legislación penal no son solo para el juez penal, sino también para el legislador²⁸⁶, el cual no puede elaborar leyes que supongan la imposición de consecuencias jurídicas del delito de manera retroactiva, pues, como se dijo, estaría creando inseguridad jurídica.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de estas medidas de carácter administrativo y con finalidades preventivas especiales negativas explicadas en el Capítulo III del presente estudio permite al Estado su aplicación retroactiva y por ende proceder al almacenamiento. Esta situación ocurrió en Estados Unidos, donde se consideró que más que una medida de índole penal se trataba de una medida administrativa²⁸⁷ de control policial para personas que habían disminuido sus expectativas de privacidad debido a una condena judicial y por ende ser vigilados por el Estado. En este país, distintas Cortes consideraron que los Estatutos de Bases de datos de ADN no modifican el derecho penal sustantivo en lo que concierne a las penas y los mismos no tienen un efecto punitivo²⁸⁸.

Actualmente la política criminal de los Estados busca evitar el ingreso de más individuos en el sistema penitenciario por razones de costos económicos o de la

²⁸⁶ Jaen Vallejo. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 25, establece en términos similares que la prohibición también es aplicada al legislador.

²⁸⁷ Cfr. Rothstein, Mark A. y Carnahan, Sandra. "Legal and Policy Issues in Expanding the Scope of Law Enforcement DNA Data Banks", *67 Brook. L. Rev.* 127 (2001-2002), p. 148. Estos autores analizan la medida y consideran la toma de muestras biológicas para exámenes genéticos de personas condenadas con anterioridad a que fueran sentenciados en un tribunal penal como una medida administrativa y no penal (*Statutes requiring certain offenders to provide a DNA samples for the data bank are considered administrative rather than penal*).

²⁸⁸ Cfr. *Rise vs. Oregon*, 59 F.3d 1556, 1564 (9th Cir. 1995), en esta sentencia se consideró que las Bases de Datos de ADN no violentan la irretroactividad de la ley debido a que su finalidad es meramente identificativa y no punitiva.

realidad carcelaria, pues en la mayoría de los casos el cumplimiento total de las penas no permite alcanzar los fines socializadores esperados. Para evitar el contacto de los condenados a penas menores con otros convictos de mayor trayectoria criminal se busca impedir su ingreso al sistema penitenciario, pues estos últimos pueden enseñar sus técnicas delictivas a los primeros, lo cual no contribuye al proceso de reinserción social, por lo que, en este caso, el tratamiento penitenciario tendría un efecto negativo.

Los diferentes ordenamientos jurídicos penales han adoptado mecanismos alternativos al cumplimiento de las penas en prisión, y para ello han creado instituciones jurídicas que les permiten adelantar tales procedimientos. Por ejemplo, en Estados Unidos se ha adoptado la *probation* (libertad a prueba), y en España la suspensión condicional, la sustitución de la pena impuesta y el otorgamiento de la libertad condicional hasta el año 2015. A las personas que logran un beneficio penitenciario se les imponen algunas condiciones que le permiten al Estado verificar el cumplimiento del pacto acordado y otorgarles, según el caso, la libertad condicional. Sin embargo, uno de los principales riesgos de esta medida es la posible reincidencia durante el período de prueba.

Las autoridades penitenciarias estadounidenses procedieron a tomar muestras biológicas para extraer el perfil genético de personas que habían sido beneficiados con la libertad condicional. En el caso *USA vs. Kincade*, la Corte de Apelación del Noveno Circuito analizó esta situación y determinó que el interés del gobierno en prevenir, solucionar y perseguir delitos futuros, y en ampliar el CODIS, eran motivos suficientes para retener los perfiles genéticos de personas que estuviesen disfrutando de beneficios penitenciarios. Mantener por tiempo indefinido el perfil genético en el CODIS le permitirá al gobierno controlar a las personas riesgosas

una vez finalicen su periodo de libertad bajo palabra, que en todo caso es determinado²⁸⁹, mientras la duración en la base de datos es indefinida.

Esta situación reitera nuestra tesis de que la medida de almacenamiento e inserción de perfiles genéticos es de carácter administrativo más que de índole penal. Una clase de medida de *enforcement* para que las personas que disfrutan de beneficios penitenciarios no violenten la ley o sean fieles al derecho durante el periodo de duración de prueba. Y más allá de dicha situación, para que la medida sirva como mecanismo policial de control de una población determinada, donde los individuos han demostrado con sus actuaciones delictivas pasadas un indicio irrefutable de peligrosidad criminal autorizando y legitimando al Estado a limitar sus garantías constitucionales.

En este orden de ideas, en Estados Unidos la doctrina avalada por sentencias de distintas Cortes²⁹⁰ ha evaluado la situación y ha concluido que la naturaleza de estas medidas es administrativa. Utilizando la teoría de la totalidad de las circunstancias (*totality of the circumstances*) las Cortes han ponderado el derecho a la intimidad de las personas condenadas frente al interés general de los Estados de

²⁸⁹ Un análisis pormenorizado y crítico sobre el caso Kincade en Bunce, Sarah L. “United States vs. Kincade. Justifying the Seizure of One's Identity”, 6 *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, 2005, p. 747, concluyendo que la Corte ignoró la IV Enmienda limitándose a respetar la existencia de una sospecha individualizada para la toma de ADN, y justificando su decisión en un análisis errado de las expectativas de privacidad disminuidas de toda la población que se encuentra en libertad bajo prueba. Esta descarada interpretación erosiona los derechos fundamentales protegidos por la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

²⁹⁰ Cfr. Biancamano, John D., “Arresting DNA, The Evolving Nature of DNA Collection Statutes and their fourth amendment justifications”, 70 *Ohio ST L.J.* 619, 2009, p. 641, analizando varias sentencias de distintos circuitos de los Estados Unidos de Norteamérica arriba a la conclusión de que la naturaleza de estas medidas es administrativa. *United States vs. Stewart*, 468 F. supp. 2D 261 *Griffin vs. Wisconsin*, 483 U.S. 868, 876 (1987) (*general supervisory interest*); también *United States vs. Kincade*, 379 F.3d 813, 838-39 (9th Cir.2004) (*prevention of recidivism through deterrence*); *Goord*, 430F.3d, 668 (*use of DNA database*).

conservar información genética con finalidades preventivas arribando a las siguientes conclusiones: a) Existe un interés por supervisar o vigilar a las personas liberadas bajo prueba (*probationers*); b) La prevención actúa como un efecto disuasivo frente a la reincidencia, y c) El desarrollo y continuidad de las bases de ADN permitirá solucionar investigaciones sobre crímenes no esclarecidos y aún los futuros.

3. Modelos voluntarios

En este modelo se solicita a un individuo que de manera libre y voluntaria consienta en el almacenamiento de su perfil genético, o decida espontáneamente acceder a un examen de ADN a petición de las autoridades investigativas. Esta situación ocurre cuando, durante la investigación de un suceso criminal, se realiza un análisis del ADN a fin de comprobar si el resultado coincide con el perfil obtenido en la escena de un crimen. Como podemos ver, en este caso las autoridades desean obtener información genética a fin de esclarecer un delito determinado. Si los perfiles genéticos no son coincidentes, las autoridades policiales deben solicitar a su titular el consentimiento para conservar los resultados. Pese a que en caso de negación se podría considerar a una persona como sospechosa, debido a que cuando se solicita la muestra biológica las autoridades se encuentran en fase de investigación, preferimos llamarle voluntario. Ello porque las distintas legislaciones analizadas en el presente estudio dedican una parte a los arrestados o sospechosos no imputados, lo cual será estudiado en la sección de los modelos expansivos.

La diferencia entre esta forma de almacenamiento y los modelos restrictivo o expansivo es que en este caso no existe una obligación legal de ceder el perfil genético al Estado para su conservación, sino que el individuo tiene la libre

potestad de consentir o no en tal práctica. Ello quiere decir que el almacenamiento de información genética no se deriva de la comprobación de un ilícito mediante una sentencia judicial, sino que el individuo voluntariamente cede el perfil genético para los fines de la investigación y para su conservación para futuras investigaciones. Este es el caso del ordenamiento jurídico español, cuya legislación regula de manera expresa la cesión voluntaria por parte de las personas afectadas para fines de registro del perfil genético en las bases de datos²⁹¹.

La obtención de un perfil genético se realiza en la fase de las pesquisas judiciales o investigaciones policiales. En el presente estudio se distingue entre la diligencia procesal del análisis del ADN y la conservación estatal de información genética, la cual es una consecuencia accesoria del ilícito penal estudiado anteriormente en algunos casos, y en otros como veremos, se trata de una medida administrativa estatal de control social. De esta forma, la fase procesal del análisis del ADN no vulnera, en principio, los derechos fundamentales, siempre y cuando sea realizada cumpliendo con los requisitos formales y materiales explicados en el Capítulo II, los cuales han sido acogidos de manera reiterada en sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español, y evaluados en casos en los que se discute si la prueba genética tiene injerencia en el derecho a la intimidad por su mera puesta en riesgo²⁹², concluyendo que no. Principalmente, esta diligencia de investigación se

²⁹¹ Artículo 3.º, Ley 10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores genéticos a partir del ADN: “Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento”.

²⁹² Cfr. Sentencia No. 199/2013 de 5 de diciembre. RTC 2013\199, M. P.: Francisco Pérez de los Cobos, “Constatado que la realización del análisis del ADN del demandante de amparo supuso una injerencia en su derecho a la intimidad por su mera puesta en riesgo, hemos de analizar si tal injerencia se ha producido o no de forma constitucionalmente conforme. Nuestra doctrina al respecto, partiendo del carácter no ilimitado de los derechos fundamentales, viene declarando (entre otras STC 173/2011, del 7 de noviembre [RTC 2011, 173], FJ 2) que no podrá

agota en el juicio oral cuando es valorada la prueba. En la segunda fase, el ordenamiento jurídico limita los derechos de la intimidad, privacidad y protección de datos imponiendo una medida de control mediante una sentencia como consecuencia jurídica accesoria del injusto comprobado. Esto es importante porque el consentimiento para la obtención de la información genética nace en la fase procesal y puede ser implícito o explícito para la conservación de información genética por parte de los Estados para futuras investigaciones.

El consentimiento implícito es aquel que se otorga sin reservas por estar incluido en una decisión que no expresa objeto definido. En estas situaciones las autoridades policiales pueden utilizar información genética en cualquier

considerarse ilegítima ‘aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio [RTC 2009, 159], FJ 3)’”. En esta misma Sentencia recordábamos que “aunque el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836) no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad –a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE (RCL 1978, 2836)–, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información”. Precizando esta doctrina, la STC 70/2002, del 3 de abril (RTC 2002, 70), FJ 10 (resumiendo lo dicho en la STC 207/1996, del 16 de diciembre [RTC 1996, 207], FJ 4) declaró que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: i) La existencia de un fin constitucionalmente legítimo; ii) Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); iii) Que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien, reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, iv) La estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: “... si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (STC 89/2006, de 27 de marzo [RTC 2006, 89] , FJ 3).

investigación, incluso para los delitos cometidos y que no han sido aclarados, y ningún ciudadano está exento de ser investigado²⁹³, siempre y cuando le sean respetados sus derechos fundamentales.

En Estados Unidos este consentimiento implícito ha sido obtenido muchas veces mediante tácticas policiales engañosas. Así ocurrió en el Estado de La Florida, donde la Policía empleó tácticas falaces a fin de obtener el consentimiento para la extracción de un perfil genético. La mentira consistió en decir al titular que los resultados iban a ser utilizados en el esclarecimiento de un delito que no tenía relación alguna con el propósito para el que era solicitado el consentimiento del análisis del ADN. El Tribunal Supremo del Estado de La Florida consideró que el consentimiento había sido obtenido voluntaria y lícitamente, pues el infractor

²⁹³ En la Sentencia No. 199/2013 de 5 de diciembre. RTC 2013\199, FJ 8, M. P.: Francisco Pérez de Los Cobos, anteriormente citada, el Tribunal Constitucional español ratificó su doctrina de que nadie se encuentra exento de ser investigado, y consideró acorde la prueba genética con los fines del Estado. “En cuanto a la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, con reiteración hemos afirmado que lo es la investigación del delito y, en general, la determinación de los hechos relevantes del proceso penal (SSTC 25/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 25], FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre [RTC 2007, 206], FJ 6), ‘pues la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (RCL 1978, 2836)’ [SSTC 127/2000, de 16 de mayo (RTC 2000, 127), FJ 3 a); y 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292), FJ 9] y 173/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011, 173) , FJ 2. En el mismo sentido y precisamente en relación a las pruebas de ADN, ya hemos dejado constancia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando está ‘destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido’ (STEDH de 4 de diciembre de 2008 [TEDH 2008, 104] , caso S. y Marper c. Reino Unido, ya citada § 100). Pues bien, la específica prueba pericial consistente en la obtención del ADN del demandante a partir de su saliva se produjo con la finalidad de ser comparado con el obtenido a partir de la muestra biológica hallada en una manga utilizada en la realización de un hecho delictivo, y tenía por objeto el descubrimiento de la persona que había utilizado la mencionada manga en la perpetración de unos hechos delictivos de notable gravedad como lo son los de daños terroristas por los que finalmente fue condenado el demandante. De ahí que no quepa dudar de la concurrencia del fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial”.

estaba informado de sus derechos fundamentales y se le había especificado que el resultado iba a ser utilizado en una investigación criminal, consintiendo libremente en su práctica²⁹⁴.

A nuestro entender, el consentimiento implícito obtenido mediante tácticas engañosas no puede ser utilizado para la inserción de un perfil genético en una base de datos forense penal. La razón fundamental es que, como se explicó, una cosa es la investigación y otra muy diferente la medida jurídico-penal, si le pudiésemos dar tal calificativo. En ese sentido, el único consentimiento que puede ser utilizado para estos fines es aquel que es explícito (expreso) y documentado por escrito²⁹⁵.

En el consentimiento expreso el ordenamiento jurídico protege el carácter confidencial de la información genética por ser parte de los derechos

²⁹⁴ En el caso *Washington vs. el Estado de La Florida*, un individuo asesinó y violó a una anciana de 93 años. La policía encontró indicios que vinculaban a Washington con los hechos. Entre los principales estaba la venta de un anillo perteneciente a la víctima a un compañero de trabajo, comprobándose posteriormente que el día del suceso había faltado a su lugar de trabajo. En este caso la policía tenía sospechas y le solicitó muestras biológicas al infractor para investigar un caso diferente, sin mencionarle que había una relación con el caso que se estaba investigando. El infractor consintió y el cruce en la base de datos resultó exitoso. En este caso la Suprema Corte de Justicia del Estado de la Florida estableció que la policía puede usar tácticas engañosas para obtener el consentimiento del infractor en otorgar muestras biológicas para extracción de perfiles de ADN, y fundamentó su decisión en *Washington* porque este estuvo informado de sus derechos y oralmente consintió en ellos, entregando a los detectives muestras biológicas. Cfr. Sentencia 653 So.2d 362 (Fla. 1994), citada y comentada por Kaye, D. H. y Smith, Michael. “DNA Identification databases: Legality, Legitimacy, and the case for population-wide coverage”, *Wis. L. Rev.*, 2003, pp. 425 y 426.

²⁹⁵ El artículo 3.º de la Ley 10/2007 sobre Bases de Datos de ADN establece que para las personas sospechosas, detenidas o imputadas “... la inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento”. Con mayor razón este consentimiento debe ser prestado por escrito cuando las personas coinciden voluntariamente en ceder su perfil genético.

fundamentales a la privacidad, protección de datos personales e intimidad del ser humano. Como hemos afirmado en el desarrollo del presente estudio, en principio el perfil genético solo puede ser conservado estatalmente si un fallo judicial impone esta medida de control jurídico-penal a un ciudadano que resulta condenado o en su caso como analizaremos en la toma de postura por medidas administrativas policiales que respeten el principio de igualdad. Sin embargo, el artículo 3.º de la Ley de Bases de Datos de ADN española autoriza legalmente al Estado a conservar la información genética de sus ciudadanos cuando las personas de manera voluntaria expresen el consentimiento de someterse a la prueba genética y a su posterior conservación en la base de datos.

Las personas que voluntariamente otorguen consentimiento para la conservación del perfil genético por parte del Estado deben expresarlo de manera libre y voluntaria. Para que estas características se cumplan el individuo debe estar plenamente informado²⁹⁶ de cuáles son sus derechos cuando el perfil se registre en la base de datos.

²⁹⁶ Con amplios detalles, cfr. Sentencia No. 135/2014 de 8 de septiembre, RTC 2014\135, FJ 4, M. P.: Luis Ignacio Ortega Álvarez: “Hemos afirmado que para que el consentimiento pueda calificarse de eficaz debe ser libre y voluntario (STC 211/1996, de 7 de marzo, y además, como pre-condición de validez, para que el consentimiento pueda ser considerado como libre y voluntario, debe tratarse de un consentimiento informado (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5). Según se desprende de las actuaciones, en el caso que nos ocupa el carácter informado del consentimiento es una consecuencia que derivaría de la finalidad de la propia diligencia de investigación: la obtención de una muestra biológica para el posterior análisis pericial de ADN es una diligencia de investigación criminal y su fin es obtener información (perfiles identificadores) que permita el esclarecimiento de hechos delictivos, pasados o incluso futuros (mediante la conservación de los mismos en una base de datos). Esto es precisamente lo que sucedió en el presente caso. La obtención de la muestra se llevó a cabo en el marco de una investigación criminal con el fin de determinar la eventual participación del recurrente en los hechos objeto de imputación. El examen del contenido del acta policial de obtención de muestras biológicas permite constatar que el recurrente fue informado no solo del tipo de intervención corporal que se le iba a practicar (un frotis bucal con un hisopo de algodón), sino también del fin de la diligencia. Así se reflejó documentalmente que su fin era llevar a cabo estudios de ADN que

Adicionalmente, a la persona que cede libre y voluntariamente su consentimiento debe informársele la finalidad para la que se realiza la medida. En ese sentido, la autoridad estatal debe especificarle que su perfil genético será insertado en una base de datos de ADN con finalidades de investigación de futuros delitos. La información sobre la finalidad de la inserción de la información genética es importante, puesto que la misma no puede ser utilizada para fines distintos para la que fue tomada²⁹⁷.

Otra situación a tomar en consideración para la validez o no de este consentimiento es si la persona que cede voluntariamente su perfil genético debe estar asistida por un abogado. Para arribar a una conclusión sobre dicha situación es preciso tener en cuenta los distintos momentos procesales, pues uno es el de la persona que se encuentra detenida y otro muy distinto el de la persona considerada sospechosa pero que todavía no se encuentra en estado de detención. Incluso, podría haber situaciones donde voluntariamente se consienta en la diligencia.

permitiesen determinar su perfil genético y realizar los estudios comparativos necesarios, así como su cotejo en la base de datos de ADN. Información que resultaba suficiente al precisar la finalidad de la diligencia que se iba a practicar. Al mismo tiempo se le informó que los perfiles genéticos del recurrente se cotejarían con los existentes en la base de datos de ADN. En estas circunstancias se cumplió con la necesidad de información previa, por lo que el consentimiento fue informado y no hubo lesión del derecho a la intimidad (art. 18.1 y 4 CE)”.

²⁹⁷ La Sentencia No. 135/2014 de 8 de septiembre, RTC 2014\135, FJ5, M. P.: Luis Ignacio Ortega Álvarez, señala que: “La obtención de los caracteres identificativos del recurrente a partir del análisis de sectores no codificantes del ADN se realizó para una finalidad constitucionalmente legítima, como es la investigación de un grave delito de homicidio y robo con violencia. Pues bien, el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11). Pero es que tampoco consta que el perfil *haya sido utilizado para una finalidad distinta* de aquella para la que se recogió, ni que haya sido objeto de cesión o tratamiento distinto de aquél para el que se obtuvo, por lo que no apreciamos una vulneración del derecho reconocido en el 18.4 CE”.

Es necesario dividir sistemáticamente estos momentos procesales, puesto que los derechos fundamentales afectados con la medida de investigación son diferentes y dependen del estado de la persona investigada. Así, en la detención con fines de investigación de un delito determinado estaríamos hablando de libre tránsito, intervención corporal e intimidad, mientras que si se trata de una persona considerada sospechosa que, sin encontrarse detenida, consiente libremente en la prueba del ADN, estaríamos hablando del derecho a la protección de datos, en su variante del consentimiento. Adicionalmente, en el primer escenario la prueba genética será utilizada para un proceso determinado, agotando su utilidad en el juicio oral, o antes del mismo si se decide archivar o sobreseer el proceso, mientras que, en el caso de una persona que no se encuentra privada de su libertad, el uso del perfil genético servirá para adelantar investigaciones futuras.

En nuestra opinión, si la persona es detenida entra inmediatamente en función la garantía procesal de asistencia jurídica para todos los actos de investigación, y si consiente voluntariamente en la prueba genética, con mayor razón las autoridades investigativas deben proceder a asignarle un abogado. En ese sentido, vale la pena citar nuevamente la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre la extracción de perfiles genéticos, distinguiendo varios supuestos claramente diferenciados:

- a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por iniciativa propia, podrá acopiar tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que, pudiendo pertenecer a la víctima, se hallen localizadas en objetos personales del acusado.
- b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, su

consentimiento actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se encuentra privado de la libertad, el consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible a un detenido cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

c) En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o este niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, ni ser sometida a una reserva legal explícita –hoy inexistente– que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el artículo 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados²⁹⁸.

Como podemos observar, en aplicación del derecho de defensa para que el consentimiento sea válido cuando el individuo se encuentra detenido, es necesaria la asistencia de un abogado como un requisito *sine qua non*²⁹⁹⁻³⁰⁰.

²⁹⁸ Cfr. Sentencia No. 685/2010 de 7 de julio. RJ 2007\7322, FJ 2, M. P.: Marchena Gómez; Sala Primera, Sentencia No. 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251, FJ 4, M. P.: Manuel Marchena Gómez, y Sentencia No. 948/2013 de 10 de diciembre. RJ 2013\8346, M. P.: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

²⁹⁹ Interesante el razonamiento de la Sentencia No. 734/2014 de 11 de noviembre. RJ 2014\5694, F.J. 2, M. P.: Perfecto Andrés Ibáñez: “En los casos que aquí se contemplan, este criterio tiene indudable respaldo legal, en la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007, que prevé que, en defecto de consentimiento del afectado, se precisará autorización judicial. Pues, no hay duda: Un consentimiento que, a juicio del legislador, tiene que suplirse de forma tan garantizada, es porque deberá ser consentimiento informado, consciente y libre. Tal es también, en general, el punto de vista de este tribunal, en lo relativo a la validez del consentimiento prestado por el detenido, cuando de él depende la afectación a alguno de sus derechos fundamentales”.

³⁰⁰ Si bien entendemos, critica esta posición Rodríguez Caro, María Victoria. “La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa”. Disponible en [<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10518-la-investigacion->

Tanto es así, que si se niega a la práctica de la prueba genética se debe solicitar autorización judicial. Tal es la consecuencia del derecho de defensa y de un proceso con todas las garantías, como bien ha afirmado el Tribunal Supremo en la Sentencia 827 de 2011 de 25 de octubre³⁰¹⁻³⁰². En términos similares, el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 24 de octubre de 2014 estableció lo siguiente: “La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido o, en su defecto, autorización judicial”.

El otro elemento a considerar sobre la necesidad o no de asistencia letrada ocurre cuando la persona no se encuentra en estado de detención, caso en el cual el derecho a limitar sería la protección de datos personales, y para actuaciones futuras, por haber sido investigado un delito determinado del cual

mediante-adn:-derecho-a-la-intimididad-y-derecho-de-defensa/], consultada el 11 de octubre de 2011: “En cuanto a la primera de las conclusiones, es decir, la necesaria asistencia de abogado al tiempo de consentir el detenido de que se le extraigan muestras para análisis y cotejo del ADN, baste decir que si la LECrim no exige asistencia letrada ni concurren exigencias constitucionales, las resoluciones que invaliden las pruebas obtenidas por falta de este requisito deberían ofrecer una explicación adicional acerca de la indefensión sufrida en el caso concreto afectado”.

³⁰¹ Cfr. Sentencia No. 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251, FJ 3, M. P.: Manuel Marchena Gómez: “Conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24.2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

³⁰² En contra de la tesis anteriormente planteada se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia No. 709/2013 de 10 de octubre. RJ 2013/8008, FJ 2: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre: “La toma de muestra del ADN no es un interrogatorio ni reconocimiento de identidad (por analogía ver jurisprudencia del TC sobre pruebas de alcoholemia desde S.4.10.85). La toma de muestras de ADN solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa autorización judicial”.

la persona no es responsable. En tal situación no habría necesidad de asistencia jurídica para que el consentimiento sea válido porque el individuo tendría las garantías propias de este derecho consagradas en el artículo 9.º de la Ley 10 de 2007 sobre cancelación y rectificación en los términos establecidos en la LO 15 de 1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

Sobre este particular, el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 24 de octubre de 2014 estableció lo siguiente: “Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia del letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos en fase de instrucción”.

Esta situación amerita un análisis más profundo por cuanto el perfil genético registrado sin la asistencia de un abogado podría ser utilizado en un proceso penal futuro, y permitiría verificar los efectos sobre la licitud o ilicitud de la muestra. En ese sentido, es importante considerar que el acuerdo no jurisdiccional precedentemente citado ordena procesalmente el momento en que debe ser solicitada la pericia para verificar la validez o no de la misma. Sin embargo, esta situación no es compartida en el presente estudio, en especial porque el derecho a la protección de datos personales es restringido en el almacenamiento de información genética. La situación resulta interesante pues la prueba podría ser cuestionada en un proceso administrativo de rectificación de datos y tener efectos directos en el proceso penal, aun después de hacerse definitiva una sentencia condenatoria.

El proceso de rectificación se fundamenta en el derecho de modificación de datos. En virtud del Real Decreto 1720 de 2007, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LO de Protección de Datos de Carácter Personal (RLOPD), es un *derecho del afectado que se modifiquen los datos que le conciernen y que resulten ser inexactos o incompletos*. En sede administrativa esta situación podría tener efectos directos en una sentencia penal en la que la base probatoria sea el perfil genético cuestionado³⁰³. En nuestra opinión, no puede haber un momento predeterminado por reglas procesales, que a todas luces son de preclusión, para impugnar la validez o no de los datos, pues tal situación coartaría un derecho fundamental a la protección de datos y a la defensa. Incluso podría tener sanciones procesales por el proceso de revisión de sentencias analizado en el Capítulo II del presente estudio.

Otra situación que podría afectar o limitar el Acuerdo No Jurisdiccional del 24 de octubre de 2014 es el derecho a la cancelación, que según el artículo 5.1.b) del RLOPD es

... un procedimiento en virtud del cual el responsable cesa el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las administraciones públicas, jueces y tribunales, para la atención de las responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de

³⁰³ En efecto, el derecho de protección de datos responde a una lógica de derecho administrativo en la que se protegen derechos fundamentales con principios como la calidad, que ponderados con situaciones de índole procesal como la preclusión permite intuir una conclusión a favor de la protección de datos. Como bien lo afirman Álvarez Hernando, Javier y Carruzo Barahona, Víctor. *Practicum Protección de Datos*, 2015, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 215: “Por tanto, atendiendo al principio de calidad de los datos, contemplado en el artículo de la LOPD, el responsable del fichero tiene la obligación de rectificar de oficio los datos inexactos, incompletos o no actualizados, de los que tenga conocimiento. Del mismo modo, el interesado puede solicitar la rectificación de sus datos al responsable”.

dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos.

La finalidad del derecho a la cancelación es la supresión de datos que su titular considere inadecuados o excesivos. Pero, además, podría ocurrir porque el interesado desee revocar el consentimiento previo.

Sobre la revocación del consentimiento previo es importante resaltar que el artículo 33 del RLOPD establece que no procederá la cancelación cuando los datos personales deban ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables.

En ese orden de ideas, el artículo 9.º de la Ley 10 de 2007 señala que “... en el caso de los sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito”. Adicionalmente, para que esta situación proceda debe existir causa justificada para la revocación y la misma no tendrá efectos retroactivos³⁰⁴, por lo que, en caso de haber sido utilizados los datos en investigaciones penales, y haber obtenido éxito en su cruzamiento, no podrá alegar dicha situación para suprimirlos.

Así las cosas, y de modo contrario a lo establecido en el Acuerdo No Jurisdiccional sobre el momento procesal para impugnar la información genética contenida en la base de datos de ADN, este acuerdo regula una

³⁰⁴ Se refieren a estos supuestos Rebollo Delgado, Lucrecio y Serrano Pérez, María Mercedes. *Manual de Protección de Datos*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 196: “El ejercicio del derecho de cancelación de los datos puede completarse con la revocación de los datos y con la revocación del consentimiento, según el artículo 31.2 *in fine* RLOPD. En estos casos, la revocación del consentimiento se ajustará a las condiciones que recoge el artículo 6.3 LOPD para ello, esto es, que exista causa justificada para la revocación y no se le atribuyan efectos retroactivos”.

situación procesal de preclusión, y por ello nuestra opinión es contraria a lo establecido por la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias Nos. 827 de 2011 del 25 de octubre y 948 del 10 de diciembre de 2013 en el sentido de que el momento idóneo sería la fase de la instrucción³⁰⁵.

A nuestro entender, debido al carácter administrativo de la ley de protección de datos, la persona perjudicada puede solicitar la eliminación de sus datos de las bases de datos en cualquier momento procesal, sin que el proceso penal sea una limitante de otro derecho fundamental consagrado en la Constitución como es la protección de datos³⁰⁶; además, imaginemos que se hiciera definitiva la sentencia condenatoria, caso en el cual el perjudicado siempre tendría la opción de la revisión.

El consentimiento informado opera como una fuente de legitimidad para el almacenamiento de información genética y tiene especial relevancia en el

³⁰⁵ Cfr. Sentencia No. 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251, FJ III.3, M. P.: Manuel Marchena Gómez: “No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción *iuris tantum* que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos –si la autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre–, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultaran idóneas durante la instrucción”. En iguales términos, cfr. Sentencia No. 948/2013 de 10 de diciembre. RJ 2013\8346, FJ3 literal e) M. P.: Cándido Conde-Pumpido.

³⁰⁶ En ese sentido, la Sentencia No. 135/2014 de 8 de septiembre, RTC 2014\135 F.J 5, M. P.: Luis Ignacio Ortega Álvarez: “Por otra parte, ha de resaltarse que la identificación del demandante de amparo no se produjo como consecuencia de la incorporación de sus perfiles genéticos identificativos a una base de datos de personas sospechosas, sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que habían sido obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de unos hechos delictivos. Por lo demás nada impediría al demandante reaccionar contra esta pretendida e hipotética conservación de sus perfiles de ADN solicitando la eliminación de sus perfiles de la base de datos, en los términos expuestos en la mencionada STC 199/2013”.

modelo voluntario, pues la persona no está obligada legalmente a ceder su perfil genético para futuras investigaciones. Cualquier situación sobre la validez o no del perfil genético contenido en la base de datos de ADN proveniente de una persona que lo cede voluntariamente, sin la orientación de un abogado, puede ser realizada en cualquier momento atendiendo al principio de calidad de datos acogido por la legislación 10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN³⁰⁷.

4. Modelos expansivos. Naturaleza jurídica, división y objetivos

Las presiones realizadas en la mayoría de los países occidentales con miras a lograr Estados más seguros, amén de los efectos del proceso expansivo, han provocado el diseño de una política criminal en la cual las garantías constitucionales son relativas. Los Estados han optado por un modelo más funcional de la administración de justicia en el que se hacen compatibles la posibilidad de ponderar el poder del Estado sancionador frente a la libertad de sus ciudadanos, y

³⁰⁷ Es importante resaltar el voto disidente del Magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de La Torre en la STS 734/2014 anteriormente citada: “En definitiva las conclusiones que debieron ser aceptadas en el Pleno de la Sala antes citado, deben concretarse: 1º. El consentimiento para la toma de muestras biológicas encaminada a la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justificó la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores a partir del ADN, no requiere asistencia letrada. 2º. No obstante, la falta de asistencia letrada permitirá al afectado ejercer, conforme a la legislación reguladora del derecho de protección de datos, los derechos de información, acceso y cancelación del asiento practicado. 3º. Los datos que obren en el Registro y no hayan sido objeto de cancelación podrán ser utilizados con fines de identificación en procesos penales ulteriores en los que la determinación del perfil genético resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria. 4º En todo caso será válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste asistencia letrada, cuando el acusado no ha cuestionado la libertad o validez de estos datos en fase de instrucción”.

permitir que la libertad individual se vea reducida con la finalidad de mantener la seguridad estatal³⁰⁸. Un concepto funcional de justicia que permita la ponderación proporcional y racional es válido siempre y cuando existan razones justificadas de una posible puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos, y no por simples sospechas acerca de un ciudadano puede el Estado proceder a limitar sus derechos fundamentales.

Este fenómeno expansivo de reinterpretación de las garantías constitucionales clásicas y del concepto funcional de justicia también tiene impacto en el campo de la conservación estatal de la información genética. Así, en un principio eran almacenados los perfiles de aquellos infractores que cometían delitos graves, sin embargo, actualmente algunas naciones permiten acopiar el perfil genético de individuos detenidos policialmente, pudiendo permanecer almacenado para futuras investigaciones penales pese a no formularse cargos en su contra. Lo cual justifica su denominación de modelo expansivo.

En ese sentido, el modelo expansivo es aquel en que los Estados deciden aplicar medidas administrativas de control policial. Dentro del modelo expansivo se puede diferenciar entre la conservación estatal del perfil genético de las personas detenidas y el de todos los miembros de un país o región determinado (universales). Estas medidas de control y prevención son predelictuales pero, por sus fines de prevención y esclarecimiento de futuros delitos, se las vincula a la política criminal.

³⁰⁸ Interesantes comentarios sobre la administración de justicia en términos funcionales, Braum, Stefan. “La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario”, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.). *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 14. El autor considera que el criterio de valoración normativa que reportaba el principio de Estado de Derecho se ha perdido y quien pretenda, con unos firmes y equilibrados principios, hacer frente a las agitadas corrientes político-criminales de la actualidad no llevará a cabo más que una inútil aventura quijotesca.

Inicialmente los países del *common law* fueron los únicos en acoger la modalidad de conservar el perfil genético de los detenidos, principalmente por el rol estelar que desempeña la policía en el esclarecimiento de infracciones penales en estos sistemas. Mientras que hasta el momento la posibilidad de almacenar la información genética de todos los miembros de un país solo ha sido planteada académicamente, salvo el caso de Islandia, analizado en otra sección de este estudio, en el que la legislación autorizó almacenar información genética de todos sus ciudadanos con fines médicos.

Al igual que los países de tradición jurídica del *common law*, en España los artículos 363 de LEcrim y 9.º de la Ley 10/2007 definieron un modelo de almacenamiento de información genética para aquellas personas a las que, siendo arrestadas, no se les formulen cargos judiciales considerándolos sospechosos no imputados³⁰⁹. A los ciudadanos que se encuentren en esta situación, “la cancelación de los identificadores genéticos inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito”. Sin embargo, en España, a diferencia de lo que ocurre actualmente en Estados Unidos, la medida tiene un límite de duración, es decir, hasta la prescripción del delito, mientras que en

³⁰⁹ Esta situación sobre los sospechosos será analizada en la próxima sección porque, como bien afirma Álvarez de Neyra Kappler, Susana. “El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores”, Parte I, en *Rev. Der Gen H.*, 34/2011: 51-97, pp. 91 y 92: “La redacción del art. 363 LEcrim hace referencia al sospechoso, lo que obliga a plantearse si se podría practicar la diligencia sobre un grupo, cuando el círculo de sospechosos se vea reducido a un determinado número de personas. El problema nuevamente sería interpretativo: qué debemos entender por sospechosos. Dada la amplitud del precepto, podemos cuestionarnos si el juez podría acordar la diligencia sobre todos los que entiende pudieran ser sospechosos, o, incluso en tales supuestos, permitir la práctica voluntaria de quienes fueron llamados. Por otra parte, el término sospechoso no aparece en el articulado de la LEcrim (salvedad hecha del art. 363, tras la reforma), por lo que debemos preguntarnos por los requisitos necesarios para considerar a un sujeto como sospechoso, sin que, a nuestro juicio, baste el hecho de estar dentro de un grupo de determinadas características, como, p. ej., edad y sexo en una determinada localidad”.

Estados Unidos la duración del perfil genético es indefinida de facto³¹⁰ sin importar que aparezca la persona responsable de la comisión del ilícito.

Históricamente las medidas predelictuales se han caracterizado por una falta de proporción y de justificación en su aplicación, como es el caso de los sospechosos no imputados. En ese sentido, no existe ninguna relación entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en los derechos relacionados con la intimidad de un individuo que no ha cometido una infracción³¹¹. Además, estas medidas quiebran la garantía jurisdiccional³¹² del principio de legalidad (*Nemo damnetur nisi per legale*

³¹⁰ En los Estados Unidos existe un proceso muy complejo para eliminar la información genética de las bases de datos dependiendo de la legislación estatal y federal. En ese orden de ideas, en algunos Estados como New York el procedimiento es automático, es decir, a la culminación de la investigación o absolución judicial el Estado tiene la obligación de destruir la muestra biológica y eliminar del sistema informático el perfil. Mientras en Estados como California y a nivel del gobierno federal la persona afectada debe realizar una solicitud de supresión de datos, la cual debe estar acompañada de un informe favorable del Ministerio Público y a la vez un juez ha de evaluar dicha solicitud mediante resolución judicial, decisión que es inapelable. Es importante resaltar, que en este país existe una legislación estatal y otra para el gobierno federal. Ello quiere decir que aún siendo borrada del sistema informático el perfil genético y destruida la muestra biológica la misma podría ser retenida en el CODIS. Debido a esa situación es que en la práctica la duración es indefinida, pues, se trata de un procedimiento costoso y complejo no siendo obligatorio para el Estado suprimir de la bases de datos de ADN la información genética de la persona afectada aún siendo absuelta de responsabilidad penal o no siendo acusada. Un análisis al respecto en Werse, Valerie 39 Rutgers Computer & Tech. L.J. 282 (2013), A “Lengthy, uncertain, and expensive process”: A comparison of types of expungement from DNA databaes of arrestees.

³¹¹ Cfr. Beristaín, Antonio. *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo: Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid, Reus, 1974, p. 80: “Quien admite medidas predelictuales en el Derecho Penal, abre las puertas a funestos abusos de poder”.

³¹² Cfr. un amplio análisis sobre la reserva o garantía judicial partiendo del carácter no absoluto de los derechos fundamentales en Etxeberria Guridi, José Francisco. “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal”, *Rev. Der. Gen. H.* 27/2007, p. 42: “Si estimamos que la disminución del protagonismo judicial supone un retroceso en el régimen de garantías que rodean el empleo del ADN en la investigación penal, ello se debe a que asumimos dicho protagonismo a modo de premisa, mas, ¿qué motivos impulsan dicho posicionamiento? Una rápida lectura de los preceptos constitucionales en los que se garantizan los derechos y libertades fundamentales nos advierte que a la gran mayoría de los que

iudicium) que prescribe la potestad del poder judicial de imponer penas y medidas jurídico-penales.

A nuestro entender, estos modelos de corte utilitarista tienen como objetivo una sociedad más segura en la que de ser cometidas infracciones penales las mismas pueden ser esclarecidas de manera rápida y eficiente. A continuación procederemos a analizar el caso de los sospechosos no imputados y del modelo universal de registro de perfiles genéticos en las bases de datos de ADN.

4.1. Modelos de almacenamiento de perfiles genéticos de personas detenidas sin que les sean imputados delitos. “Sospechosos no imputados”

El proceso expansivo del almacenamiento de información genética estatal se encuentra en su último peldaño. La conservación de los resultados de los análisis del ADN de individuos detenidos por la policía sin que les sean formulados cargos judiciales es el paso previo a solicitar el perfil genético a todos los miembros de una población determinada. Esta situación crea una situación o trato desigual a las personas afectadas por el registro del ADN en una base de datos.

En el Reino Unido (Inglaterra y Gales)³¹³, y en ciertos Estados de la federación norteamericana³¹⁴, se han aprobado leyes para la retención de los perfiles genéticos

expresamente se recogen, la norma constitucional no les confiere un carácter absoluto. Caben restricciones en los mismos cuando un bien o interés constitucional así lo justifique. Pero, además, en no pocos casos se requiere la autorización o intervención judicial para que dicha restricción pueda justificarse constitucionalmente. Como paso previo, pues, tendríamos que plantearnos si el empleo de las técnicas genéticas incide en la esfera de los derechos fundamentales del individuo”.

³¹³ En la sección 82-2 de la Criminal Justice and Police Act 2001, la cual modifica la sección 64 de la Criminal Justice and Police Act (Acta de justicia criminal y policía) de 1984, fue introducida la posibilidad de mantener las muestras biológicas, por lo que los perfiles genéticos

a individuos detenidos por las autoridades policiales en el marco de una investigación, aunque no se hayan formulado cargos en su contra, de forma que puedan ser confrontados con aquellos extraídos de los vestigios biológicos recogidos en la escena de un crimen del cual se desconozca su titular y que han sido almacenados en el sistema informático de manera indefinida. Sin embargo, a nuestro entender, si un ciudadano no tiene ninguna relación con un delito investigado, o no se produce ningún resultado en el cruce de datos, el Estado no se legitima para retener su información genética o limitar sus derechos fundamentales, de manera especial el derecho a la protección de datos personales³¹⁵.

de las personas que tenga conexión con un proceso de investigación no tienen que ser destruidas y pueden ser mantenidas.

³¹⁴ En el ámbito federal, el Acta de Justicia para Todos del año 2004 (Justice for All Act 2004), que modificó el Acta de Identificación de ADN (ADN Identification Act) de 1994, en la sección 210304 que establecía los perfiles genéticos que podían ser incluidos en el CODIS, Acta contenida, a su vez, en la Violent Control and Law Enforcement Act 1994, expandió la posibilidad legal a todas las personas que fueran sometidas a la acción de la justicia, así como a los investigados policialmente pero no sometidos a la acción de la justicia. En el ámbito estatal, en junio de 2004 los Estados de Texas, Washington y Luisiana promulgaron leyes similares, permitiendo almacenar el perfil genético de las personas detenidas que, no obstante, fueran dejadas en libertad, sin formulación de cargos por parte de las autoridades policiales.

³¹⁵ En términos similares, Etxeberria Guridi, José Francisco. “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal”, cit., pp. 52 y 53: “Vistos estos antecedentes, no cabe duda alguna de que la obtención de información relativa a las personas (en este caso los perfiles o huellas de ADN) y su posterior incorporación a bases de datos o ficheros para su posterior tratamiento o su transmisión entre varias bases de datos o ficheros para su tratamiento, afecta el derecho fundamental a la protección de los datos personales. No es de extrañar, pues, que los distintos textos nacionales e internacionales sobre la materia que nos ocupa, hayan reflejado más o menos la preocupación por la incidencia en tal derecho y la necesidad de establecer una serie de garantías y limitaciones. En efecto, nos encontramos ante dos realidades, análisis genético y aplicación informática, que aisladamente consideradas suponen una incuestionable incidencia en la esfera reservada del individuo, pero que combinadas entre sí incrementan el riesgo de lesión en dicha esfera”.

El almacenamiento de perfiles genéticos es diferente a la diligencia de investigación. La conservación de información genética por el Estado solo debe servir para investigar futuras acciones delictuosas cometidas por el detenido, pues de otra forma ello provocaría la limitación de un derecho fundamental sin la debida decisión judicial y crearía un sospechoso habitual³¹⁶ cuyo perfil genético podría ser comparado con motivo de cada nueva infracción cometida en un país determinado de manera indefinida.

Aunque la prueba genética ha sido utilizada para exonerar a personas inocentes, una base de datos con perfiles individuales no es garantía para eximirlos de responsabilidad penal, debido a que se han dado casos en que las personas limpian las escenas del delito para que no puedan ser recogidas muestras biológicas.

Adicionalmente, en cada proceso de investigación se le puede solicitar al supuesto inocente una muestra biológica a fin de comparar los resultados con los obtenidos de los vestigios biológicos recogidos en la escena del crimen, razón por la cual este modelo de conservación tiene como objetivo aumentar el número de perfiles en la base de datos³¹⁷⁻³¹⁸ a fin de exonerar personas inocentes y detectar con rapidez a las

³¹⁶ Crítica con la posición de retención de perfiles genéticos de personas arrestadas, Simoncelli, Tania. “Dangerous Excursions: The case against expanding forensic DNA Databases to Innocent Persons”, 34 *J. L. Med. & Ethics* 390, 2006, p. 391: “No obstante, mientras someter a personas que han sido condenadas por un delito a la inclusión del perfil genético en una base de datos es ya algo problemático, someter a quienes no han cometido delito alguno subvierte nuestra noción de una sociedad libre y autónoma en una caracterizada por un régimen autoritario”.

³¹⁷ *Ibíd.*: “A common assertion made by those in favor of expansion is ‘the bigger the better’”. El argumento general es que a mayor cantidad de perfiles genéticos mayores probabilidad de lograr *cold hits* en el sistema de datos.

³¹⁸ Importantes afirmaciones sobre la expansión de los programas de ADN en las investigaciones criminales en McCartney, Carole. “The DNA expansion programme and criminal investigation”, en *Brit. J. Criminol.*, 2006, 46(2), 175-192, p. 177: “En mi opinión los beneficios de una base de datos más amplia consignados en la modificación a la PACE ahora impugnada, son evidentes, y

culpables, sin tomar en consideración posibles vulneraciones de los derechos fundamentales.

Otro de los fundamentos que han servido para sustentar el almacenamiento de los perfiles genéticos de personas arrestadas, es la mínima intervención que supone la toma de la muestra biológica para el análisis del ADN, y la posibilidad de que la base de datos de ADN ayudaría a esclarecer más delitos antes de que las personas identificadas volviesen a reincidir, ahorrando costos a las agencias de *law enforcement*³¹⁹.

A las personas sometidas a la acción de la justicia se les presume inocentes hasta tanto esta presunción sea destruida por una parte acusadora en el juicio oral. Si el Estado no puede demostrar la participación del individuo juzgado por la comisión de un injusto penal, no se legitima para limitar sus derechos fundamentales imponiendo una medida jurídico-penal como si hubiese sido condenado, puesto que ello produciría un contrasentido en sus actuaciones, principalmente para el caso en que la parte agraviada decida accionar judicialmente en contra del Estado por abusos de poder o errores judiciales.

las objeciones debido a las repercusiones en los derechos fundamentales (incluyendo la mejor protección de la sociedad contra el delito el cual también afecta la vida de muchas de sus víctimas) prestarían inevitablemente un mejor servicio por la expansión de la base de datos que por la propuesta de restricción. La base de datos más completa es el mejor chance para detectar criminales culpables de delitos pasados y los que todavía no han sido cometidos. Es una buena oportunidad para disuadir también de futuros delitos a aquellas personas cuyos perfiles se encuentran todavía en la base de datos. Y esos, claro, no son los únicos beneficios: una base de datos más amplia tendría más posibilidades de evitar que fuesen investigados los sospechosos habituales. Además, estos grupos que pertenecen a sospechosos habituales que fuesen inocentes serán exonerados de una vez”.

³¹⁹ Uno de los argumentos más sólidos para justificar la medida de almacenamiento de información genética es la modernidad o racionalización en el uso de los recursos para investigaciones (*fruitless. investigations*); cfr. Stevens Aaron, P. “Arresting Crime: Expanding the Scope of DNA Databases in America”, 79 *Tex. L. Rev.*, 921, p. 959: “Las bases de datos de ADN modernizarían el sistema de justicia criminal: identificando a sospechosos inmediatamente, ahorrando tiempo y dispendio de recursos en investigaciones infructuosas”.

Además, la prueba del ADN no puede ser vista como una prueba concluyente y como un incentivo para que las autoridades eviten realizar investigaciones exhaustivas. Cuando la muestra biológica recogida en la escena del delito es comparada con perfiles almacenados en bases de datos y se produce un cruce de datos exitoso, esto solo denota la presencia de una persona en la escena del crimen en un tiempo específico³²⁰, por lo que la posibilidad de conservación de datos genéticos de personas arrestadas y posteriormente dejadas en libertad produce una desigualdad en la aplicación de la ley a este grupo de individuos.

El ordenamiento jurídico de un país no puede crear situaciones que pongan en conflicto su propio estado de derecho generando condiciones desiguales entre sus ciudadanos. Así, al no existir ninguna diferencia entre una persona detenida y puesta luego en libertad, y un individuo que nunca ha sido detenido es deber del Estado garantizar el mismo tratamiento ante la ley³²¹. La inserción de un perfil genético en un sistema informático creado para la investigación y prevención de delitos sin que exista una causa jurídico-penal, crea sospechosos habituales y una

³²⁰ *Ibíd.*; McCartney, Carole. “The DNA expansion programme and criminal investigation”, cit., p. 185, establece que: “La policía puede sobredimensionar el uso del ADN, si encuentran una correspondencia podrían pensar o preferir investigar solo esa situación en vez de investigar toda la evidencia [...] Existe una peligrosa tendencia a considerar el ADN como un suplemento para los casos endebles, porque los jurados están convencidos de ello. Así que el ADN puede ser usado como muleta para sostener los casos débiles. Las investigaciones pueden ser distorsionadas...”.

³²¹ Sobre la igualdad ante la ley, Cfr. López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín, Pérez Tremps, Pablo y Satrúsgui, Miguel. *Derecho Constitucional*, Vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163 establecen que: “[...] el principio de igualdad ante la ley supone, en principio, excluir las leyes <<particulares>> (o <<singulares>> en el caso más extremo, el de las leyes aplicables a un único supuesto), con destinatarios concretos en razón s de sus circunstancias personales o sociales o en función de la coyuntura concreta en que se encuentren.”.

desigualdad ante la legislación. Máxime cuando la prueba del ADN no equivale a la culpabilidad³²² del individuo de quien se extrae el perfil genético.

En España, en principio, los datos de las personas detenidas policialmente no pueden ser almacenados porque la LO 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece expresamente en su artículo 22, numeral 4 que:

Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.

El carácter confidencial de la información genética añade un plus a la necesidad de supresión del perfil genético en una base de datos de ADN cuando no existan motivos para su almacenamiento. En ese orden de ideas, la Ley de Base de Datos de ADN especifica que: “En el caso de los sospechosos no imputados, la cancelación de los datos identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo para la prescripción del delito”. Esta situación reitera el carácter administrativo de dicha medida, atendiendo a otros criterios más relativos que los del derecho penal para la limitación de los derechos fundamentales, siendo el

³²² Baeta, Miriam y Martínez-Jarreta, Begoña. “Situación actual de las bases de datos de ADN en el ámbito forense: nuevos avances, nuevas necesidades jurídicas”, *Rev. Der. Gen. H.*, 31/2009, p. 168: “A pesar de su probada eficacia, es importante recordar que el examen de ADN es de carácter complementario, es decir, que por sí sólo no resulta concluyente y que una coincidencia de perfiles no equivale a culpabilidad. Será el juez quien, valorando libremente la prueba del ADN, atribuya finalmente el verdadero significado de una posible coincidencia de perfiles en cada caso. Para ello se basará en todo el conjunto de evidencias obtenidas en el contexto de la investigación criminal”.

derecho penal una especie de reforzamiento del derecho policial para controlar ciertas poblaciones consideradas riesgosas.

En nuestra opinión tales medidas de almacenamiento de información genética no son aceptables, y ello porque, de consentir el ordenamiento jurídico tales actuaciones, como ha sucedido en Estados Unidos, y en su momento en el Reino Unido, se estaría procediendo a retrotraer de forma involutiva medidas predelictuales ya superadas, propias de Estados autoritarios donde eran (y son) utilizadas para controlar a cierta parte de la población. Ello nos recuerda el juzgamiento de la situación personal de un individuo y no las conductas antijurídicas, lo que dificulta en mucho el cumplimiento del principio de legalidad, dejándolo a merced de interpretaciones subjetivas, dando lugar a abusos de poder por parte de la autoridad gubernamental y a la pérdida de una de las mayores conquistas del liberalismo: la limitación del poder sancionador del Estado.

Las medidas predelictuales vulneran el principio de proporcionalidad sin justificación alguna, situación que tiene mayor impacto en el campo forense penal del ADN por los procedimientos de toma de muestras masivas que, como ya se estudió, se han venido practicando en distintos países, provocando la inserción de todos los perfiles de una población determinada en un período corto de tiempo.

Uno de los fundamentos de estas medidas utilitaristas es la aplicación de un concepto funcional de justicia que permite ponderar los principios de seguridad estatal en relación con los derechos fundamentales y las libertades individuales. Una opinión de la *House of Lords* del Reino Unido³²³, al analizar la facultad de las

³²³ En el Reino Unido el Parlamento tiene funciones jurisdiccionales, siendo la máxima autoridad en la rama judicial, lo cual responde a una tradición histórica que data de más de 600 años; sin embargo, esta atribución estuvo vigente hasta el año 2008, cuando fue puesta en operación la Suprema Corte de Justicia, creada mediante la reforma a la Constitución del año 2005.

autoridades policiales para almacenar los perfiles genéticos de personas detenidas³²⁴ aplicando este concepto funcional estableció que:

El respeto a la privacidad de los apelantes no es el único valor a ser juzgado. El propósito del ordenamiento penal es permitir a cada uno en su vida diaria, no temerle a un daño sobre su persona o propiedad. Y en el interés de cada uno se encuentra que todo crimen debería ser efectivamente investigado y perseguido. Debe haber justicia para todas las partes involucradas. En un caso criminal se requiere que la Corte considere una triangulación de los intereses, lo cual incluye tomar en consideración la posición tanto del acusado, como de la víctima y el público³²⁵.

Desde nuestra óptica, tal planteamiento presenta una contradicción: un individuo sometido a la acción de la justicia y descargado de culpa no tiene por qué retribuir un daño, ni a la víctima, ni al público en general, lo cual vale igualmente para un detenido por la policía. Por el contrario, una práctica que obligue a ceder el perfil genético en estas circunstancias propicia una injusticia adicional a un inocente, haciendo arbitrario el sistema jurídico en general. Por esos motivos, como

Actualmente el sistema funciona mediante la formación de un comité de apelaciones compuesto por cinco Lores, aunque en casos excepcionales pueden ser siete o nueve. Disponible en [<http://www.parliament.uk/documents/upload/HofLBpJudicial.pdf>], consultada el 9 de mayo de 2015.

³²⁴ En el caso *Regina vs. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte LS (by his mother and litigation friend JB) (FC) (Appellant) Regina vs. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte Marper (FC) (Appellant) (Consolidated Appeals)*, recurso donde le fueron tomadas muestras biológicas a dos personas, incluyendo a un menor de once años, quienes posteriormente no fueron condenados, se discutió la facultad de retener los perfiles genéticos por las autoridades policiales. Este caso fue debatido en tres instancias y en todas el recurso fue desistido, siendo la última en la Casa de los Lores en la sesión del 22 de julio de 2004, la cual también ratificó la potestad policial. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos revocó esta decisión, en el asunto *S. y Marper vs. Reino Unido*, en la Sentencia del 4 de diciembre de 2008.

³²⁵ Argumento 24 de la opinión emitida por Lord Steyn en el caso *Regina vs. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte LS (by his mother and litigation friend JB) (FC) (Appellant) Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte Marper (FC) (Appellant)*.

analizaremos en la próxima sección, la Corte Europea (Gran Sala) anuló dicha decisión. Estas prácticas son utilitaristas, y a su vez dirigidas a las consecuencias, lo cual quiere decir que,

... según esta concepción, las acciones no tienen valor moral en sí mismas sino en relación con la bondad o maldad de sus consecuencias. La bondad o maldad de los efectos de los actos está, a su vez, determinada por la medida en que ellos inciden en la materialización de ciertos estados de cosas que se consideran intrínsecamente buenos o malos³²⁶.

Así, la finalidad de este modelo incurre en la falla que se ha asignado a todas las medidas de corte utilitarista: la falacia naturalista. En ese sentido, nadie que el ordenamiento jurídico trate abusivamente estará de acuerdo en lograr mayor seguridad a expensas de su libertad individual. En estos procesos existe una imposibilidad lógica, la de derivar, a partir del enunciado descriptivo de un juicio de valor relativo a lo que es deseable (la seguridad en este caso), lo que es deseado (el respeto por los derechos fundamentales y las libertades individuales), principalmente en los casos en que el Estado comete una injusticia, siendo esto el inicio de los Estados totalitarios donde el concepto de derecho fundamental no tiene ninguna razón de ser.

En fin, el almacenamiento de perfiles genéticos de personas detenidas, o sospechosas no imputadas, violentaría, entre otros derechos fundamentales, el principio de igualdad en un Estado de Derecho y la presunción de inocencia. El Estado no se legitima al limitar los derechos fundamentales cuando la persona no ha cometido un ilícito penal. Es por estos motivos que rechazamos el

³²⁶ Cfr. Nino, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 392 y 393.

almacenamiento de información genética de personas detenidas por la policía o sospechosos no imputados como ocurre en España.

Sin embargo, el tema de los detenidos o sospechosos no imputados ha sido analizado de manera distinta por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica y la Corte Europea de Derechos Humanos, arribando a conclusiones diferentes que estudiaremos a continuación.

4.1.1. Dos visiones diferentes: Maryland vs. King en Estados Unidos y S. y Marper contra Reino Unido en Europa

La Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Europea de los Derechos Humanos se pronunciaron de manera distinta sobre el registro de perfiles genéticos de personas que no han comprometido su responsabilidad penal. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos aprobó la retención y registro de los perfiles genéticos de personas detenidas para investigación por la policía sin ser necesaria la formulación de cargos judiciales. En Europa la alta corte no favoreció el almacenamiento de información genética de personas que fuesen absueltas de responsabilidad penal. Esta decisión no trata directamente el caso de las personas detenidas policialmente, sin embargo aplica analógicamente. Ello porque si a las personas detenidas policialmente no les son formulados cargos judiciales no serán pasibles de la inscripción de sus perfiles genéticos en la base de datos de ADN. Además, en el Reino Unido fue modificada la PACE para dar cumplimiento a la sentencia S y Marper. La Protection of Freedoms Act 2012 reguló la situación de los detenidos policiales (“*arrested*”) no sometidos a la acción judicial.

4.1.1.1. Maryland vs. King

En Estados Unidos, la Corte Suprema falló el 3 de junio de 2013 sobre el almacenamiento de información genética de los arrestados en el caso Maryland vs. King³²⁷. En este caso, después de ser arrestado en el año 2009 por la comisión de delitos (*assault*) en primer y segundo grado, al señor Alonzo King le fue tomada una muestra de ADN mediante una frotis bucal en el Condado de Wicomico, Maryland. Esta muestra fue tomada de acuerdo con las disposiciones del “Maryland DNA Collection Act”, y posteriormente comparada en la base de datos de ADN con un delito de violación no esclarecido del año 2003, por lo que al detenido le fue imputado también ese delito. Sus abogados procedieron a solicitar la eliminación del cruce de datos argumentando que el acto violentaba la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La Corte del distrito rechazó estos argumentos considerando el acto acorde a la Constitución y King fue condenado por violación. Posteriormente, la Corte de Apelación del Estado de Maryland falló a favor de King, encontrando inconstitucionales partes de la ley que autorizan la toma de muestras de personas arrestadas acusadas de delitos.

La Corte Suprema de Estados Unidos procedió a validar jurídicamente esta medida contenida en el *Maryland DNA Collection Act* atendiendo a criterios rutinarios de procedimientos administrativos de identificación de personas arrestadas en una estación de policía³²⁸. Los argumentos jurídicos fueron: 1. En cualquier caso criminal es conocido y debe ser conocido quién ha sido arrestado y quién será

³²⁷ Maryland vs. King, 569 U.S. __ (2013). Disponible en [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf], consultada el 2 de diciembre de 2015.

³²⁸ Maryland vs. King, 569 U.S. __ (2013), Sección IV, A. “*The legitimate government interest served by the Maryland DNA Collection Act is one that is well established: The need for law enforcement officers in a safe and accurate way to process, and identify the persons and possessions they must take into custody*”.

procesado³²⁹; 2. Los oficiales de policía asumen una responsabilidad de asegurarse que la custodia de una persona arrestada no creará un riesgo exorbitante para su personal, para la población detenida, y para un nuevo detenido³³⁰; 3. Para etapas futuras del proceso criminal, el gobierno tiene un interés sustancial en asegurarse que la persona acusada de un delito comparezca al juicio³³¹; 4. La conducta pasada de un arrestado es esencial para un pronóstico de la peligrosidad que posee para el público, y esto será uno de los criterios para determinar si la persona puede ser liberada bajo fianza³³². Finalmente, el interés de la justicia, cual es la identificación de un arrestado como ejecutor de un delito grave, podría tener un efecto saludable en el sistema de liberar a una persona condenada erróneamente por el mismo delito.

En lo que concierne al primer argumento, sobre la necesidad de identificación de la persona detenida, la Corte Suprema resaltó que la identificación individual es más que un nombre o un número de la seguridad social, y el interés del gobierno en la identificación es asegurarse de que el nombre correcto sea el de la persona

³²⁹ Maryland vs. King, 569 U.S. __ (2013). Disponible en [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf], consultada el 2 de diciembre de 2015. Sección IV, A. *“First, in every criminal case, it is known and must be known who has been arrested and who is being tried”*.

³³⁰ Maryland vs. King, U.S. 569 __ (2013), Sección IV, A. *“Second, law enforcement officers bear a responsibility for ensuring that the custody of an arrestee does not create inordinate ‘risks for facility staff, for the existing detainee population, and for new detainee’”*.

³³¹ Maryland vs. King, U.S. 569 __ (2013), Sección IV, A, p. 14, *“Third, looking forward to future stages of criminal prosecution, ‘The Government has a substantial interest in ensuring that persons accused of crimes are available for trials’”*.

³³² Maryland vs. King, U.S. 569 __ (2013), Sección IV, A *“Fourth, an arrestee’s past conduct is essential to an assessment of the danger he poses to the public, and this will inform a court’s determination whether the individual should be released on bail”*.

identificada. La identificación de una persona no se limita a su certificado de nacimiento. La Corte tomó en consideración la historia o carrera delictiva como una parte crítica del proceso de identificación que los oficiales deben reconocer cuando laboran en el proceso de detención. Finalmente, consideraron que el ADN es una forma de identificación distinta al nombre o la huella dactilar, pero que su función es equivalente a estas.

Este primer argumento debería ser descartado en lo concerniente a los procesos de identificación y almacenamiento de información genética para un asunto determinado, pues son escenarios distintos: uno consiste en la identificación de la persona investigada, que es una de las obligaciones de las autoridades dentro del proceso antes de someterla³³³ a la acción judicial, y otra es el almacenamiento de información genética en la base de datos³³⁴, puesto que no siempre ocurre, como en el caso King, que en la base de datos exista un perfil genético del individuo dubitado por haber sido recogido en una escena del crimen o, en otros casos, un perfil indubitado por haber cometido la persona arrestada otros delitos. Sin

³³³ Crítico con este primer argumento, Kaye, David H. “Why so contrived? Fourth Amendment Balancing, *per se* rules, and DNA Databases after Maryland vs. King”, *J Crim Law & Criminology*, Vol. 104, No. 3, 2014, p. 546 y ss., considera que la visión de la Corte Suprema es limitada al tomar el ADN como un simple proceso de identificación, en vez de una poderosa herramienta de inteligencia criminal que permite a las autoridades relacionar a la persona arrestada con situaciones delictivas no vinculadas con dicha investigación. Establece que el razonamiento de la Corte se limitó a las situaciones previas al litigio de identificación o a cómo tratar al delincuente (fianza, acuerdo judicial, *final pretrial matters*) y no a considerar la prueba del DNA como una herramienta importante de la inteligencia para capturar delincuentes.

³³⁴ *Ibid.* Kaye diferencia entre la identificación/recogida del ADN y el proceso de almacenamiento de información genética en base de datos como una parte importante del control del delito, y considera que el almacenamiento de información genética no solo afecta los derechos relacionados con la IV Enmienda, sino que implica otra constelación de derechos civiles referidos a la privacidad y libertad que deben ser asegurados en el proceso de registro de perfiles en la base de datos, concluyendo que “No hay duda de que la recogida, almacenamiento y uso del ADN es beneficioso para el control del delito”.

embargo, si la persona arrestada no puede ser vinculada con el delito investigado o con otros delitos no esclarecidos de los que se retenga información genética, nuestra opinión es que el perfil genético debería ser cancelado de la base de datos.

En el segundo argumento, relativo a la responsabilidad de identificar al arrestado para no crear un riesgo adicional al personal de policía, a las personas anteriormente detenidas o a los nuevos arrestados, la Corte se fundamentó en que el conocimiento de la identidad debería informar a las autoridades de policía si un sospechoso está siendo perseguido por otro delito, si ha sido señalado por actos de violencia o si padece un desorden mental; y los oficiales que investigan, por ejemplo, la violencia doméstica, a fin de garantizar su propia seguridad, deben estar al corriente de a quién están rastreando, y saber si el individuo representa un peligro para ellos y sus potenciales víctimas.

Esta situación es interesante porque la sentencia establece que el ADN es una forma de identificación similar a las huellas dactilares. Incluso la mayoría fundamentó su voto en la mínima intervención que supone el ADN y en que de la muestra biológica solo se toma el “*Junk DNA*” o ADN basura. Sin embargo, el argumento habla de la necesidad de las autoridades investigativas en el proceso de identificación de verificar el historial de violencia o desorden mental³³⁵, información que solo puede ser obtenida del ADN codificante.

³³⁵ Interesante posición para rechazar este argumento en Murphy, Erin. “License, Registration, Cheek Swab: DNA Testing and the Divided Court”, 127 *Harv. L. Rev.* 161, noviembre de 2013, p. 180, quien establece que el proceso de identificación ha sido redefinido por la sentencia y casi autoriza los análisis del ADN codificante para futuras interpretaciones constitucionales. Esta redefinición del concepto de identificación es más amplio que la identificación del nombre y apellido del sujeto investigado. No es tan simple como la extracción de un perfil genético con fines de investigación, sino que puede abarcar los genes, lo que excedería la finalidad del proceso penal. “*What does this matter for DNA? Genetics already has the power to expose familial ties. Research into still more sensitive information is ongoing, as briefs to the Court*

En nuestra opinión este argumento también debería ser rechazado debido a que el ADN codificante no puede ser utilizado por las autoridades para propósitos de identificación, pues ofrece más información de la necesaria para la investigación. Y aunque la sentencia es clara en señalar que el ADN utilizado es el no codificante, esta apreciación está cerca de ampliar la investigación genética a otras áreas del ADN codificante en situaciones futuras.

El tercer argumento, sobre el interés gubernamental de que la persona acusada de un crimen comparezca a los juicios, tiene su fundamento en que una persona que tenga conocimiento de que su captura lo hará responder de delitos pasados no esclarecidos, tal vez más graves que por el cual fue detenido, estará inclinada a evadir el sistema de justicia. Adicionalmente, una persona que obstruya la administración de la justicia en lo que respecta al delito por el que fue arrestado, es también un ataque a la seguridad estatal debido a la peligrosidad. En ese sentido, un detenido que evada la justicia representa un riesgo para los oficiales de policía, los otros detenidos, las víctimas de delitos previos, los testigos y, en definitiva, para la sociedad³³⁶.

highlighted. Government health and science institutes fund innumerable studies of this kind, and the research arm of the Department of Justice itself is sponsoring research into the intersection of genetics and delinquency. Academic and commercial sectors also actively pursue links between genetics and asocial behavior or addiction, and preliminary findings correlating one genetic variation with violence have recently been published. If the 'pedophile gene' were found, or the 'violence gene' established, then surely law enforcement will seek to mine genetic information for that 'identification purpose.' After all, law enforcement needs to know just whom it is dealing with". En términos similares, en su voto disidente el Juez Scalia consideró que identificar a una persona en el tema de la sentencia es equivocado, a menos que esta palabra signifique buscar evidencia para delitos no relacionados con el delito por el que fue arrestado. Si identificar a una persona significa encontrar evidencias para delitos que cometió y que no han sido solucionados, entonces identificar no es diferente de un procedimiento ordinario de investigación, el cual nunca ha sido justificado sin una sospecha legítima.

³³⁶ *Maryland vs. King*, U.S. 569_(2013), Section IV, A: "In addition to subverting the administration of justice with the respect to the crime of arrest, this ties back to the interest in

Este argumento ratifica nuestra tesis de que el ADN es una medida administrativa policial con finalidades de control sobre poblaciones que contienen ciertos riesgos para la sociedad. Sin embargo, la sentencia luce contradictoria y desproporcionada porque, según este argumento, el ADN es más que un proceso de identificación de las personas arrestadas³³⁷ y sirve para garantizar la presencia del imputado en los procedimientos judiciales, y para controlar el riesgo que representa para la sociedad en general la evasión de este individuo a la justicia.

Por su parte, el cuarto argumento justificativo también se asimila a un tema de control de riesgo más que al proceso de identificación de un detenido. Según la Corte Suprema, la identificación del ADN del sospechoso de un crimen violento provee información crítica a la policía y a los oficiales judiciales en el pronóstico de peligrosidad futura del arrestado.

Este interés no es especulativo. Las leyes que consienten en registrar ADN de personas arrestadas han permitido a las agencias gubernamentales nacionales encontrar evidencia de numerosos casos en los que personas arrestadas por delitos menores han sido identificadas como violentas debido a que la identificación por ADN los ha vinculado a

safety; for a detainee who absconds from custody presents a risk to law enforcement officers, others detainees, victims of previous crimes, witnesses, and society at large”.

³³⁷ En contra de este argumento de la sentencia, Romero, Angelique. “Implications of United States v. Jones on DNA Collection from Arrestees: Trespass. Prohibited by the Fourth Amendment, 25 *St. Thomas L. Rev.* 244, 2012-2013, p. 267, establece que se hace necesaria una modificación de las legislaciones estatales y federales sobre ADN en la que se exija a las autoridades policiales una autorización judicial para tomar las muestras biológicas en situaciones justificadas, y a la vez prohibir la inserción del perfil genético de personas arrestadas en el CODIS para la investigación de actuaciones delictivas futuras y distintas de las que justifican el registro de sus datos genéticos en la base de datos, debido a que la finalidad de la extracción del perfil genético es identificar al arrestado, no tener información para futuras actuaciones delictivas, por lo que, en su opinión, esta práctica violaría la IV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

crímenes previos y luego han vuelto a delinquir porque esta identificación no fue utilizada al momento de su detención³³⁸.

No analizaremos el último argumento sobre la posibilidad de capturar mediante la técnica del ADN a una persona responsable de un delito, exonerando a una persona condenada erróneamente, debido a que ya ha sido analizado en varias partes del presente estudio.

En suma, la Corte Suprema de Estados Unidos considera la identificación del ADN como un procedimiento administrativo rutinario en los detenidos (*pretrial*), una extensión de los métodos de identificación usados tradicionalmente para individualizar a las personas arrestadas, es decir, la identificación fotográfica o las huellas dactilares³³⁹. Sin embargo, identificar no es solo saber el nombre de la persona arrestada o ver su imagen en una fotografía o, incluso, reconocer sus huellas dactilares, sino, además, conocer o descubrir también otros registros que hablan de su pasado y que demuestren quien es realidad, pues la policía debe asegurarse de que ha arrestado a la persona correcta y que ha realizado los procedimientos necesarios para su custodia, lo cual es tan importante como prevenir sospechas en su contra o perseguir a un inocente.

4.1.1.2. S. y Marper vs. Reino Unido

En el continente Europeo la situación de estos individuos fue analizada en la sentencia S. y Marper vs. Reino Unido (Demandas Nos. 3056 de 2004 y 30566 de

³³⁸ Maryland vs. King, U.S. 569_(2013)

³³⁹ Este fue uno de los argumentos criticados en el voto salvado motivado por Scalia, J. y al que se sumaron los jueces Ginsburg, Sotomayor y Kagan. “The Court’s comparison of Maryland’s DNA searches to other techniques, such as fingerprinting, can seem apt only to those who know no more than today’s opinion has chosen to tell them about how those DNA searches actually work”.

2004) del 4 de diciembre de 2008 arribando a conclusiones muy diferentes de las de la sentencia en el caso *Maryland vs. King*. En este caso S era menor de edad cuando registraron su perfil de ADN por una detención ocurrida el 19 de febrero de 2001 por robo con violencia en grado de tentativa, siendo absuelto el 14 de junio de 2001. Por su parte, Marper fue detenido el 13 de marzo de 2011 por acoso a su compañera. Su pareja retiró la demanda y el 14 de junio el asunto se archivó definitivamente. Ambos solicitaron que sus huellas dactilares y sus muestras de ADN fueron destruidas, lo que la policía denegó en ambos casos³⁴⁰.

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró la conservación de las muestras celulares y el ADN como una consecuencia del procedimiento penal, debido a que las informaciones personales contenidas en estas se prestaban en mayor medida a futuras utilidades³⁴¹⁻³⁴². Contrario a lo expresado en la sentencia *Maryland vs. King*, esta Alta Corte europea estableció que el tratamiento automatizado de los perfiles genéticos permite a las autoridades ir mucho más allá de una “identificación neutra”³⁴³. Este tribunal consideró que el ADN es más que un procedimiento administrativo de identificación debido a las informaciones contenidas en los perfiles, en especial, los datos relacionados con la salud y las investigaciones familiares que permiten descubrir un eventual vínculo genético

³⁴⁰ S y Marper contra Reino Unido de 4 de diciembre 2008. TEDH 2008\104, circunstancias del caso acápite 9 a 12 de la Sentencia.

³⁴¹ *Ibíd.*, acápite 69, p. 24.

³⁴² *Ibíd.*, acápite 71, p. 25. “El tribunal reafirma su opinión de que la preocupación de un individuo respecto a la utilización susceptible de hacerse en el futuro con informaciones privadas conservadas por las autoridades, es legítima y pertinente para la cuestión de saber si hay o no hay injerencia. De hecho, teniendo en cuenta el elevado ritmo al que se producen las innovaciones en el campo de la genética y de las tecnologías de la información, el tribunal no puede descartar la posibilidad de que los aspectos de la vida privada vinculados a informaciones genéticas, sean en el futuro objeto de atentados por nuevas vías, que hoy no se pueden prever con precisión”.

³⁴³ *Ibíd.*, acápite 75, p. 26.

entre los individuos, lo que, en opinión de la Corte, es un atentado contra el derecho a la vida privada en el sentido del artículo 8.1 de la Convención³⁴⁴.

En términos distintos, la Corte Europea también se distanció de la Corte Suprema de Estados Unidos en lo que concierne al fin de la medida de conservación de perfiles genéticos. Mientras los jueces estadounidenses justificaron la conservación del perfil genético por parte del Estado en el proceso administrativo de identificación de las personas arrestadas por la policía, en Europa los jueces hicieron una distinción entre la extracción inicial del perfil genético y su posterior conservación.

Mientras que la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con la infracción particular que se sospecha ha cometido, la conservación tiende a un objetivo más amplio, es decir, contribuir a la identificación de futuros delincuentes³⁴⁵.

Fundamentada en la grave injerencia en la vida privada del individuo afectado la Corte Europea de Derechos Humanos trata el tema de la conservación de manera distinta a un simple procedimiento de identificación, como ocurre en Estados Unidos donde incluso se llegó al extremo de considerar similares la toma de huellas dactilares con las genéticas. En la conservación de perfiles genéticos de personas que no han sido condenadas la Corte Europea considera que se violentaría su presunción de inocencia al ser tratadas de la misma manera que los

³⁴⁴ *Ibíd.*, acápite 75, p. 26: “Igualmente, el hecho de que, al estar la información codificada, no sea inteligible sin ayuda de la informática y no pueda ser interpretada más que por un número restringido de personas, no modifica en nada esta conclusión”.

³⁴⁵ *Ibíd.*, acápite 100, p. 33: “El tribunal admite con el gobierno que la conservación de datos relativos a las huellas dactilares y genéticas busca un fin legítimo: la detección y como consecuencia, la prevención de las infracciones penales”.

condenados³⁴⁶, preocupándose específicamente del riesgo de estigmatización. Esta medida debe ser necesaria en una sociedad democrática³⁴⁷, y no como ocurrió en Estados Unidos donde la ponderación fue realizada a favor del Estado fundamentada en la necesidad de identificación por parte de las agencias de *law enforcement*.

En el Reino Unido fue promulgada la Protection Freedoms Act 2012 para adaptar su ordenamiento jurídico a la sentencia S y Marper. Esta ley modificó la PACE en lo relativo a la conservación estatal de la muestra biológica y el perfil genético en las bases de datos de las personas no condenadas y detenidas policialmente sin formularles cargos. En ese orden de ideas, la regulación estableció lo siguiente:

- a) Las personas detenidas (“*arrested*”) a las que no les formulan cargos, o son acusadas de un delito menor, les será eliminada su información genética de la base de datos desde el momento en que sean retirados los cargos en su contra o la investigación policial finalice.

³⁴⁶ *Ibíd.*, acápite 122, p. 39: “Es cierto que la conservación de datos privados concernientes a los demandantes no equivale a la expresión de sospechas. Sin embargo, la impresión que tienen los interesados de no ser considerados como inocentes se encuentra reforzada por el hecho de que los datos que les conciernen se conservan indefinidamente como los relativos a los de las personas condenadas, mientras que los que afectan a los individuos que no han sido nunca sospechosos de una infracción deben ser destruidos”.

³⁴⁷ Sobre este particular, Reverón Palenzuela, Benito. “El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (Asunto S. y Marper vs. Reino Unido)”, *Rev. Der Gen. H.* 30/2009:171-190, p. 182: “La medida tiene que ser necesaria en una sociedad democrática. Esta exigencia, la de considerar que toda injerencia en los derechos de los ciudadanos debe considerarse como necesaria en una sociedad democrática, que se une a los dos presupuestos anteriores, responde a la idea de proporcionalidad, a si la medida es proporcionada al fin legítimo perseguido, para entenderla como pertinente y suficiente”.

- b) A las personas sometidas a la acción de la justicia pero que no han sido condenas por un delito grave (*qualifying offence*)³⁴⁸ se le mantiene su información genética en la base de datos por un periodo de tres años. Este periodo podrá ser extendido por dos años si la policía lo solicita a un juez por situaciones de seguridad nacional. Dicha renovación de periodo podrá ser solicitada en múltiples ocasiones. La policía y la persona afectada pueden apelar esta decisión.
- c) A las personas detenidas a las que no se les han formulado cargos judiciales por un delito grave les podrá ser retenida su información genética en la base de datos durante tres años. Este periodo puede ser extendido hasta por dos años por petición de la policía al aparato judicial por razones de seguridad nacional. Esta decisión también es apelable. Al igual que la situación anterior la medida podrá ser renovada en varias ocasiones.
- d) La información genética de las personas sospechosas de actos terroristas, o de aquellas que han sido detenidas en los puertos o fronteras del Reino Unido por situaciones relacionadas con el *Terrorism Act 2000* pero que resultan absueltas de estos delitos, o la de quienes han tenido que otorgar su ADN por disposiciones del *Counter-Terrorism Act 2008*, es conservada por las agencias de seguridad nacional o suplidas por gobiernos extranjeros y su periodo de conservación será de tres años, pudiendo ser renovado por dos años indefinidamente.

³⁴⁸ En el Reino Unido, los delitos graves (“*qualifying offence*”) se encuentran regulados en el artículo 65a de la PACE. Esta legislación contiene una gama amplia de delitos entre los que se encuentran asesinatos, secuestros, detenciones ilegales, delitos contra la libertad o indemnidad sexual contemplados en Sexual Offence Act 2003, y violencia doméstica, entre otros.

- e) La muestra biológica debe ser destruida una vez haya sido extraído el perfil genético, y su duración no podrá exceder los seis meses desde el momento en que es obtenida.

A mayo de 2013 el gobierno británico había destruido 7.753.000 muestras biológicas, y eliminado de las bases de datos de ADN 1.766.000 perfiles genéticos³⁴⁹, según el Informe Anual del Directorio Estratégico de la Base Nacional de Datos de ADN.

4.2. Modelo universal

En el presente capítulo hemos analizado los distintos modelos de almacenar perfiles genéticos por parte de los Estados, y examinado legislaciones que autorizan la toma de muestras biológicas para la posterior extracción de material genético de grupos poblacionales determinados. En esos grupos hemos observado la posibilidad de registrar los perfiles genéticos de personas condenadas por cierta clase de delitos (modelos restrictivos) y personas que han sido detenidas por las autoridades policiales y no imputadas posteriormente (arrestados), o exoneradas judicialmente.

Sin embargo, los sistemas de almacenamiento de información genética de las personas arrestadas y condenadas tienen en común que se parte de una investigación determinada. En el modelo de la población general no se trata de la investigación de un ilícito penal, sino del registro en las bases de datos de todos los perfiles genéticos de un país o región determinada, atendiendo a su sistema legal. Este modelo lo hemos definido como universal o para una población general, y

³⁴⁹ Cfr. [<https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2013-to-2014>], consultada el 2 de diciembre de 2015.

sería la etapa final de configuración de las bases de datos de ADN con fines de esclarecimiento e investigación de delitos.

El modelo para una población general es una *medida de control administrativo-policial cuya finalidad es, en principio, investigar y esclarecer con mayor rapidez los delitos al momento de su comisión*. Aunque es plausible la finalidad de esta obligación administrativa, a nuestro juicio es prudente realizar un ejercicio de ponderación entre la limitación de la libertad individual y la seguridad colectiva que tiene que proveer el Estado a sus ciudadanos, principalmente porque el almacenamiento genético de la totalidad de la población de un Estado podría ser considerado el inicio de una sociedad orwelliana de control (totalitaria) si no es adecuadamente regulada. En el presente acápite analizaremos los argumentos a favor y en contra del modelo universal, con la finalidad de arribar a una postura sobre el tema.

4.2.1. Argumentos contrarios

Las posturas académicas sobre estos modelos de almacenamiento de información genética han coincidido en cuatro clases de argumentos contrarios³⁵⁰: 1. La poca confianza que inspiran los Estados para ser garantes de un uso adecuado de la información genética de sus ciudadanos y los posibles rasgos autoritarios que podrían estar fundados en el uso de estas técnicas, principalmente a partir del discurso de legitimación en la seguridad; 2. Los costos económicos de un proyecto

³⁵⁰ En términos similares, pero más limitados a los argumentos establecidos en el presente estudio, cfr., por todos, Kaye, D. H. y Smith, Michael E. “DNA Identification databases:..., cit., p. 424, quien analiza todos los argumentos a favor y en contra de la creación de una base de datos con todos los perfiles de la población general estableciendo que el debate actual sufre de miopía limitándose a saber qué personas componen las bases de datos de ADN y en qué etapa procesal, y que el modelo actual agrava la situación de discriminación racial en Estados Unidos reduciendo la legitimidad y la efectividad. Estos argumentos son la base de los razonamientos que realizaremos en esta sección para arribar a nuestra toma de postura.

de esta magnitud y la poca utilidad de la base de datos en relación con las personas que la componen, de manera especial los menores de edad que no podrían ser imputados hasta cumplir la edad necesaria para responder penalmente; 3. Las posibles violaciones a los derechos fundamentales debido a la gran cantidad de información que contiene el ADN, y 4. Su poca utilidad debido a que en cada escena del delito pueden ser tomadas las muestras biológicas para la realización de exámenes genéticos por lo que no es necesario su almacenamiento.

4.2.1.1. ADN, el rol del Estado y el discurso de la seguridad

En lo que respecta a la desconfianza en los Estados debido a las actuaciones autoritarias que adoptan en perjuicio de los ciudadanos como resultado del almacenamiento de información genética. Debemos resaltar que durante, la última década, uno de los puntos más controvertidos en las políticas públicas es el argumento que esgrimen las autoridades estatales para fundamentarlas, cual es la supuesta construcción de una sociedad más segura³⁵¹ debido a los riesgos propios de nuestros tiempos. En dicho modelo de sociedad el sistema de control social debe ser garantizado por el Estado a cualquier precio a fin de lograr mayor

³⁵¹ Señala al Estado como causante de este sentimiento de inseguridad, Robert Philippe. *El ciudadano, el delito y el Estado*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 89: “Para que la inseguridad haya podido cristalizarse sobre la delincuencia o reflejarse en ella, ha tenido que haber una mala gestión anterior de la seguridad que haya preparado el terreno. Considerar la inseguridad como una simple reacción mecánica a la presión de la delincuencia no explicaría por qué emerge a mediados de los años setenta, mucho después del aumento de las depredaciones y mucho antes de la aceleración de la violencia física; no se comprendería tampoco que se extendiera particularmente en las regiones desfavorecidas. El surgimiento de la inseguridad supone, a la vez, un problema de delincuencia y de condiciones desfavorables, al menos en algunos sectores de la sociedad. No explica el desajuste de la seguridad, sino que se desprende de él, aunque no de forma mecánica, y revela algunas de sus posibles consecuencias”.

eficacia³⁵² en la persecución del crimen, importando poco las garantías de los ciudadanos.

A fin de lograr una sociedad con mayores grados de seguridad el Estado fundamenta su discurso en la tesis de que es necesario limitar los derechos fundamentales en beneficio de la sociedad, lo que a la vez, supuestamente, garantiza su libertad. En ese orden de ideas, como hemos tenido oportunidad de analizar a lo largo del presente estudio, los fundamentos de la sociedad desarrollan un conflicto constante, una tensión permanente entre políticas públicas de seguridad y derechos fundamentales.

La seguridad, como uno de los conceptos fundamentales de los creadores de políticas públicas, se incrementó a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de New York, del 11 de marzo de 2004 en Madrid y del 7 de julio de 2005 en Londres. Estos acontecimientos, que fueron graves, a nuestro entender han sido exagerados por diversos actores del sistema político de esos países, reprimiendo y persiguiendo en muchos casos a ciudadanos inocentes cuyo único indicio de criminalidad era pertenecer a un credo religioso o a ciertas nacionalidades.

³⁵² Bien lo afirma, Diez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, IBdef, 2007, p. 134: “A la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de la nueva criminalidad, a las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos, y a la trabajosa individualización de responsabilidades, se ha de contraponer una actualización de los instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad político criminal de mejorar la efectividad de la persecución y encausamiento penales”.

Otro punto importante es que la opinión pública ha contribuido a configurar una sociedad en la que las personas se sienten inseguras y temerosas debido a las altas tasas de criminalidad y al terrorismo creciente³⁵³. Este sentimiento de inseguridad ha tenido como respuesta un consenso o complicidad social en la aplicación de políticas públicas de seguridad, limitando las garantías en aras de lograr una supuesta tranquilidad de la comunidad.

Este concepto de inseguridad ha sido manipulado por los *policy makers*, y hasta cierto punto confundido en el binomio seguridad pública y ciudadana. La seguridad ciudadana es parte de la seguridad pública, pero no puede ser confundida como si fuesen palabras sinónimas, pues ambas responden a situaciones distintas como si se tratara del género y una especie³⁵⁴.

En ese orden de ideas, la seguridad pública supone un estado de convivencia que permite el libre desarrollo de la personalidad en un pleno ejercicio de las libertades y derechos individuales, y en el que sus beneficiarios tienen expectativas de que

³⁵³ Reveladoras resultan las afirmaciones de Bauman, Zygmunt. “Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores”, Paidós, Madrid, 2008, p. 140. “En el momento de elaborar sus planes estratégicos y tácticos pueden también contar con que las reacciones probables (en realidad, casi seguras) del ‘enemigo’ ayudarán a magnificar considerablemente el impacto planeado de sus propias atrocidades. Si el propósito declarado (inmediato) de los terroristas es extender el terror entre la población enemiga, el ejército y la policía de dicho enemigo –con la colaboración entusiasta de sus medios de comunicación– se encargarán sin duda de que ese objetivo se cumpla mucho más allá del nivel que los terroristas podrían asegurar por su cuenta. Y si la intención a largo plazo de estos es destruir las libertades humanas en las democracias liberales y ‘volver a cerrar’ las sociedades abiertas, podrán contar igualmente con las capacidades inmensas que tienen los gobiernos de los ‘países enemigos’”.

³⁵⁴ Cfr. Recasens i Brunet, Amadeu. *La seguridad y sus políticas*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 141 y ss., define con claridad las diferencias entre seguridad pública y ciudadana, e inseguridad, estableciendo que: “La seguridad ciudadana contiene elementos más aplicados, más operativos. Constituye un estadio derivado de otro superior, pero al mismo tiempo una actividad de garantía”.

dichas condiciones no serán perturbadas, o que si esto sucede el Estado actuará de inmediato para recomponer dicha situación.

A su vez, la seguridad ciudadana forma parte de la pública, y es una especie de garantía para los ciudadanos, una actividad que consiste en prevenir y proteger el legítimo disfrute y posesión de los bienes por los miembros de una sociedad determinada, como concretización del ejercicio de su libertad en la protección de las personas y bienes. De ahí que la inseguridad pública³⁵⁵ sería una situación real o percibida en la que se atenta contra las personas o sus bienes.

En su mayoría, las legislaciones sobre seguridad ciudadana han sido elaboradas para dar respuesta a situaciones de inseguridad (momentáneas), y por ello han sido puestas en práctica con criterios antagónicos a los derechos fundamentales. Sin embargo, estas políticas no pueden ser descartadas por este simple hecho, sino que, en un marco de Estado de derecho, deben ser sometidas a la legalidad, sea a través de legislaciones donde se garanticen los derechos fundamentales o mediante decisiones judiciales, pues el Estado no puede convertirse en un creador de inseguridad al establecer políticas limitadoras de los derechos fundamentales sin respeto por las libertades individuales, como podría ocurrir con el almacenamiento de información genética en caso de no ser adecuadamente regulado.

En sentido general, estas son características del Estado postmoderno, en donde se trata de prevenir riesgos y en el que las políticas públicas en materia de seguridad

³⁵⁵ En lo que concierne a inseguridad, Recasens i Brunet, Amadeu. *La seguridad y sus políticas*, cit., considera que “constituye una situación (y no un estado) sobre la que no cabe establecer equilibrio alguno, y que no puede ser general ni duradera. Tendremos que hablar de inseguridad como una situación (real o percibida) limitada en el tiempo y/o espacio en una sociedad determinada”.

también tendrán finalidades preventivas³⁵⁶, las cuales, a nuestro entender, están dirigidas a viabilizar el control social, y entre ellas uno de sus principales exponentes es el almacenamiento de perfiles genéticos en las bases de datos.

Como hemos manifestado en otra parte de este estudio, las bases de datos de ADN contribuyen a esclarecer delitos pasados y futuros incidiendo en el control social. Ello, porque los ciudadanos a los que se les ingresa sus perfiles genéticos en bases de datos, en nuestra opinión, internalizan la situación de que ante la eventual comisión de un delito futuro tienen mayores probabilidades de ser capturados por lo que, en principio, tal situación incide en la disuasión. Se trata de un reforzamiento en el cumplimiento y obediencia al derecho (*enforcement*) que intenta capturar al individuo en la fase de la investigación del delito por lo que, ante esta probabilidad, decide no delinquir. De ahí que para garantizar el correcto uso de estas tecnologías es importante evitar las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales a fin de no provocar el abuso de las mismas en perjuicio de los derechos fundamentales de sus titulares.

En lo que concierne al almacenamiento de información genética por parte de los Estados, podemos analizar lo acontecido a nivel internacional en lo relativo a esta

³⁵⁶ Cfr., en ese sentido, Chevallier, Jacques. “El Estado Posmoderno”, Oswaldo Pérez (trad.), Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2011, p. 102, quien afirma que la lógica de la seguridad va, no obstante, más allá de las simples exigencias del mantenimiento del orden, para extenderse a los riesgos de toda naturaleza. La sociedad postmoderna es, lo hemos anotado, una “sociedad del riesgo”. Mientras que aparecieron nuevos riesgos, vinculados a la explosión de las ciencias y las técnicas, y en particular de las biotecnologías, y crearon un contexto de incertidumbre estructural, los riesgos antiguos (catástrofes naturales, contaminación, riesgo nuclear) tomaron un nuevo alcance; la fragilidad, la vulnerabilidad de la sociedad tiende a aumentar: la mundialización favorece la propagación de los efectos e implica reacciones en cadena; la interconexión de los circuitos de intercambio y de información crea así un riesgo sistémico, en el cual las crisis financieras internacionales recurrentes y la propagación de virus informáticos mostraron sus consecuencias. La aparición de estos nuevos riesgos, imprevisibles, no calculables, de consecuencias irreversibles, hace resaltar las faltas de los sistemas de protección existentes y aumenta el sentimiento de inseguridad.

situación. Si examinamos lo ocurrido en varios países, observamos cómo la primera legislación fue desarrollada en el ámbito procesal para garantizar la recolección de material genético con un alto estándar de protección a las garantías individuales³⁵⁷, e incluso, poniendo límites para la inserción del perfil genético en las bases de datos de ADN a sentencias definitivas sobre delitos de cierta gravedad.

Posteriormente, en la regulación de las bases de datos de ADN es posible observar las primeras señales de una relativización de las garantías individuales cuando, prácticamente, se permitió la inserción de perfiles genéticos de personas que cometieran delitos no tan graves, lo cual, por ende, fue ampliando los niveles de exigencia para que los Estados almacenaran información genética³⁵⁸.

Desde sus inicios se ha considerado que si no se implementan los controles adecuados la técnica del ADN podría incidir en la libertad individual y en la intimidad de las personas, sin embargo, en ese discurso de la seguridad nuestra opinión es que lo interesante sería someter al Estado a mayores controles que permitan la eficacia en el uso de estas tecnologías, respetando los derechos fundamentales, pero sin descartarla o permearla por el simple hecho del discurso

³⁵⁷ Este fue el caso de España, cuya primera legislación data del año 2003 y solo se refería a aspectos procesales.

³⁵⁸ Lo pone de relieve Mattelart, Armand. *Un mundo vigilado*, Madrid, Paidós, 2008, pp. 214 y 215, al analizar cómo los Estados de Europa imitan a Estados Unidos en las políticas de seguridad; y al examinar los proyectos de investigación biométrica establece cómo ha sido el proceso expansivo de almacenamiento de información genética al conservar las muestras de saliva de las personas condenadas o perseguidas, "... pero desde 2001 y para gran disgusto de Alec Jeffreys, que se rebeló públicamente contra esta deriva, el fichero también incluye los perfiles de personas que han sido absueltas o que no han sido objeto de diligencias judiciales. Prueba de que este tipo de fichado tiende a ampliar su ámbito de aplicación y a estrechar el cerco. Por todas partes el marco legal se adapta para ir en esa dirección [...] El colmo es que numerosos delitos financieros, tales como el delito de iniciados, o el abuso de bienes sociales no exigen ficha de ADN", ironiza el Secretario General del Sindicato de la Magistratura".

de la seguridad que tanto ha calado en el sistema de justicia penal, pero que a la vez ha provocado un sinfín de efectos nocivos³⁵⁹.

Estas políticas de control al Estado tendrían su mayor estadio de protección al ciudadano en aquellas garantías que ofrezcan un manejo pertinente de las bases de datos evitando usos distintos. Esto quiere decir que a mayor cantidad de personas (en el modelo analizado toda la población), se supone que existirán mayores controles o salvaguardas (*safeguards*) del uso de las bases de datos, e incluso mayores estándares de seguridad para que solo se tenga acceso a dicha información cuando sea necesaria para la investigación de un delito determinado, contrario a lo que ocurre actualmente en que cualquier excusa sirve para tomar el perfil genético del investigado.

A diferencia de lo que sucede con otros mecanismos de control, en el uso de la técnica del ADN el Estado no controla los pensamientos, las conversaciones, ni las acciones de sus ciudadanos. Además, una base de datos de carácter general tendría la virtud de vincular individuos con ilícitos penales sin necesidad de invadir sus viviendas o posesiones, por lo que no serán sospechosas todas las personas³⁶⁰.

³⁵⁹ En Estados Unidos, la administración Reagan fundamentó sus políticas de seguridad en la percepción de inseguridad que la población tenía a raíz de la criminalidad callejera, percepción que estuvo condicionada por el proceso de reconstrucción subjetiva de la realidad realizada por su administración y los medios de comunicación (*Framing Theory*) “para encasillar la delincuencia. Los efectos fueron negativos pues si bien es cierto combatió la epidemia de *crack* se produjo un aumento de la cocaína produciéndose una encarcelación masiva enfocada en abuso de drogas de jóvenes de minorías raciales”: cfr. Hagan, John. *Who are the criminals? The politics of Crime Policy, from the age of Roosevelt to the age of Reagan*, Princeton, Princeton University Press., 2010, pp. 137 y 138.

³⁶⁰ Cfr. Kaye, D. H. y Smith, Michael E. “DNA Identification databases:...”, cit., p. 446.

El ADN solo aportaría información sobre la presencia o no de un individuo en la escena del delito, y a lo único que podríamos temerle es al uso de la información genética que pueda darle el Estado para respaldar finalidades distintas una vez esclarecido el delito, en especial la muestra celular de donde se extrae el perfil, la cual no sería necesario conservar para investigaciones futuras en un sistema de estas características, sino solo para los fines del caso concreto. Tal como analizaremos en los argumentos a favor, esta situación se evita con buenos mecanismos de control sobre las personas que tienen acceso a las bases de datos.

4.2.1.2. Costos económicos

Desde el punto de vista económico, actualmente no existe posibilidad alguna de realizar un proyecto de tal magnitud, pues la creación de un sistema informático para almacenar el perfil genético de toda la población supone una gran inversión que incluye desarrollar la biotecnología necesaria para recoger, analizar, almacenar y acceder a la información en la base de datos, y, adicionalmente, mantener el personal adecuado para el manejo de la información, además de crear un cuerpo de policía preparado para implantar y operar estos sistemas informáticos. Ello sin tomar en consideración los movimientos migratorios que hacen necesario una política que permita extraer el perfil genético de las personas migrantes para poder tener el control de toda la población que habita en un país determinado.

En Estados Unidos, el *Justice for All Act of 2004* autorizó la inversión de más de un billón de dólares³⁶¹ para una mayor utilización de la tecnología del ADN en el

³⁶¹ El 11 de marzo de 2003, la administración Bush anunció, por intermedio del Procurador General mediante nota de prensa, que invertiría para el año fiscal 2004 US\$232,000,000 para incrementar la tecnología del ADN, y lo continuaría realizando los próximos cinco años, cfr. [<http://www.justice.gov/archive/ag/speeches/2003/031102dnaremarks.htm>], consultada el 25 de octubre de 2015.

sector de la justicia criminal³⁶². Pese a ello, según estadísticas del Instituto Nacional de Justicia, en ese país existe un atraso de más de 350.000³⁶³ procedimientos de extracción de perfiles genéticos de vestigios biológicos³⁶⁴.

Adicionalmente, el ADN solo suministra pistas para el inicio de una investigación y no constituye una prueba concluyente en un proceso penal, así que la inversión desmedida en un sistema informático de características generales podría producir escasez de recursos económicos para invertir en la política criminal de un Estado, como, por ejemplo, la dotación de mejores servicios de vigilancia policial. Además, según este argumento, es insostenible económicamente realizar un análisis de ADN en cada delito cometido.

³⁶² Este proyecto de ley buscaba hacer más eficiente la justicia criminal y, en lo que concierne a la técnica del ADN, permitir su acceso a personas que se encontrasen condenadas mediante ciertos parámetros, uno de ellos, hacer una declaración jurada de que era inocente; Cfr. Kleinert, Michael E. “Improving the quality of Justice: The innocence protection act of 2004 ensures post-conviction DNA Testing, Better legal representation, and increased compensation for the wrongfully imprisoned”, 44 *Brandeis L. J.*, 491 2005-2006, pp. 48 y ss.

³⁶³ Cfr. Informe final del Instituto Nacional de Justicia, en la reunión de Directores de Laboratorios Criminales de octubre de 2014, donde se trata el tema del atraso en el trabajo de análisis del ADN estableciendo costos y beneficios de dichas técnicas, y cómo afecta negativamente la eficiencia esta situación de no examinar a tiempo las muestras biológicas. Disponible en [\[http://www.nij.gov/topics/forensics/lab-operations/evidence-backlogs/pages/backlog-reduction-program.aspx\]](http://www.nij.gov/topics/forensics/lab-operations/evidence-backlogs/pages/backlog-reduction-program.aspx). consultada el 25 de octubre de 2015

³⁶⁴ Este problema persiste en Estados Unidos, donde en principio una muestra debería ser examinada dentro de los treinta días subsiguientes a su recolección para no pasar a ser parte del *backlog* (trabajo atrasado); un interesante análisis sobre dicha situación en el Estado de Idaho en Estados Unidos fue realizado por Visser, Rick y Hampikian, Greg. “When DNA won't work”, 49 *Idaho L. Rev.* 39 (2012), p. 63, quienes establecen que los efectos perniciosos de dicha práctica se observan en la afectación de personas inocentes que se encuentran cumpliendo condenas erróneamente, en esclarecer delitos “*cold cases*” mediante cruces de datos exitosos y, peor aún, en fallar en la prevención de delitos futuros.

Ahora bien, es conveniente resaltar que el costo de la tecnología de ADN se ha venido reduciendo en los últimos años. Así, en Estados Unidos se ha establecido que el precio de los exámenes de ADN con fines forenses es de US\$40.00 por persona³⁶⁵. A nuestro entender, esta inversión sería recuperada por el Estado al agilizar las investigaciones haciéndolas más eficientes, aportando con ello un sustancial ahorro de tiempo.

El argumento anterior es fuerte en lo que concierne a términos económicos. La técnica del ADN podría hacer más efectivas y rápidas las investigaciones, al contar con mayores posibilidades de descartar sospechosos que no tienen vínculos con los delitos investigados, procediendo de inmediato a invertir los recursos en un círculo menor de sospechosos. En ese sentido, habría que obtener una mayor cantidad de datos para poder arribar a una conclusión al respecto, pero no hay dudas de que con el paso del tiempo esta técnica se irá haciendo cada día menos costosa. Igualmente, los sistemas informáticos también reducirán costos.

Al razonamiento anterior habría que añadir el tema de los beneficios sociales marginales³⁶⁶ resultantes de las inversiones realizadas. Sobre este particular es importante tener en cuenta situaciones como el efecto disuasivo que provocarían las bases de datos, lo que bien se podría traducir en una cantidad menor de delitos a

³⁶⁵ La suma de US\$40.00 por análisis de ADN fue consignado en la comunicación OMB No. 1121-0329 del Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre el DNA Back Log Reduction Program. Disponible en [<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/s1000948.pdf>], consultada el 16 de noviembre de 2015.

³⁶⁶ Los beneficios sociales marginales son analizados adecuadamente por Cronan, John P. “The next frontier for Law Enforcement. A proposal for complet DNA Databanks”, 28 *Am. J. Crim. L.* 119 2000-2001, pp. 154 a 156. Este autor fundamenta su teoría en el efecto disuasivo de las bases de datos de ADN “*deterrence effect*”: “*While knowledge of the databanks would induce deterrence that would diminish the crime rate. In short, complete DNA databanks would make our society a safer one. To use Supreme Court jargon, it is hard to imagine stronger "special needs" to justify the proposal's minimal privacy intrusion and high costs*”.

investigar. De otra parte, una mayor rapidez en las investigaciones, debida en especial al cruce exitoso de datos, hará que dejen de ser utilizadas otras técnicas de investigación y que las penas se limiten a prisiones de corta duración, en contraste con lo que actualmente ocurre.

Finalmente, en lo que concierne a este argumento, está el tema de los menores de edad que no serán responsables penalmente hasta no cumplir la edad exigida por el ordenamiento jurídico. Ello quiere decir que durante el tiempo en que el menor no pueda ser procesado debido a su edad ese costo no tendría utilidad alguna, pues, en caso de cometer un delito no podría ser perseguido penalmente. Sobre este particular, y como analizaremos en su momento, una base de datos de ADN no solo tendría efectos de esclarecimiento y prevención de delitos, sino que también serviría para identificar a las personas víctimas de catástrofes, y a los desaparecidos así como también a las víctimas de delitos penales. Adicionalmente, si un menor comete el delito, dicha situación ayudaría a descartar otros imputados por la misma situación que se investigue al menor de edad.

4.2.1.3. Posibles violaciones a los derechos fundamentales

A lo largo del presente estudio hemos manifestado que en la técnica del ADN existen dos momentos claramente establecidos: un primer momento es el procesal, en el que se recolecta la muestra y cuya finalidad es identificar al presunto autor de un delito; y un segundo momento en que se procede a almacenar el perfil genético.

En el proceso de almacenamiento de perfiles genéticos se afectan derechos fundamentales distintos de la prueba del ADN analizados en el Capítulo II del presente estudio. Así, en el segundo momento se podrían vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad, la privacidad y la protección de datos. En ese orden

de ideas, el artículo 1.º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece que

... el genoma humano es la base de la unidad fundamental de toda la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Ello quiere decir que por acuerdo entre los Estados el ordenamiento jurídico constitucional debe otorgar un plus de garantía adicional a los derechos fundamentales en los que, por procedimientos administrativos, sean necesarias medidas restrictivas a la información genética. En ese sentido, el artículo 18 de la Constitución española establece que el Estado debe garantizar la intimidad personal y familiar, lo cual reviste gran importancia para el almacenamiento de información genética.

El derecho a la intimidad personal y familiar implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesarios, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana³⁶⁷.

Este derecho, al igual que los demás derechos fundamentales, es inherente al individuo³⁶⁸ y el Estado debe justificar cualquier intromisión en él. Sin embargo, el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto pues se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente

³⁶⁷ Sentencia No. 233/2005 del 26 de septiembre RTC 2005/233, M. P.: Guillermo Jiménez Sánchez.

³⁶⁸ En términos similares cfr. Cabezuelo, Ana Laura. *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 18: “De entrada, podemos decir que es la intimidad un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo, y consustancial a la naturaleza del hombre, pues no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la intimidad que representa”.

protegidos. Para que la intromisión en el ámbito de la intimidad protegida sea constitucional deben cumplirse los siguientes requisitos:

[...] a) que exista un fin constitucionalmente legítimo; b) que la intromisión esté prevista en la ley; c) que, como regla general, la injerencia se acuerde mediante resolución judicial motivada; d) que se respete el principio de proporcionalidad³⁶⁹.

De ello resulta que para que el almacenamiento de información genética de toda la población general pase el primer filtro de constitucionalidad sobre la intimidad, se debe realizar una ponderación entre el interés público en la seguridad y la intromisión ilegal en los derechos fundamentales, principalmente porque esta medida administrativa policial limitaría un derecho inherente sin causa razonable que justifique una resolución judicial.

En lo que concierne al derecho a la intimidad, se refiere a la parte que tiene que ver con la intimidad genética. Esta situación estaría más relacionada con la muestra biológica que con el perfil genético porque una vez extraído el perfil genético se procede a una disociación de datos en el sistema informático y, según el artículo 4.º de la Ley 10/007³⁷⁰ del 8 de octubre, reguladora de la base de datos sobre identificadores a partir del ADN, solo podrán retenerse los datos relacionados con la identidad de la persona y su sexo.

Debido a la mínima intervención que supone la extracción del perfil genético, a la posibilidad de destruir la muestra biológica una vez quede registrada la

³⁶⁹ Sentencia No. 233/2005 del 26 de septiembre RTC 2005\233, cit.

³⁷⁰ Artículo 4.º “*Tipos de datos*. Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo”.

información genética en la base de datos, y al proceso de disociación de datos, no se vería afectado el derecho a la intimidad, por lo que este primer derecho fundamental no sería un escollo para la creación de las bases de datos de carácter general. Sobre este punto volveremos al momento de exponer los argumentos a favor de la creación de una base de datos universal.

El segundo filtro constitucional es la posible vulneración del derecho a la privacidad, derecho de origen norteamericano que garantiza a los ciudadanos no ser molestados por autoridades públicas ni privadas. El derecho a la privacidad habilita a su titular para rechazar cualquier intromisión sobre aquel ámbito de su vida privada que es inaccesible a los demás si no es bajo explícito consentimiento³⁷¹. Siendo la privacidad un término que abarca situaciones e intereses heterogéneos, la retención del perfil genético no pone en riesgo el derecho a la misma cuando se produce un cruce de datos exitosos pues, en sentido general, se han tratado tres formas de anonimato: temporal, conductual y espacial³⁷².

En lo que concierne al anonimato temporal, hoy en día existen diversos registros de las personas que impiden que cambie de identidad; así, en toda relación comercial o profesional existen registros médicos, tarjetas de crédito, registros escolares, etc., que vinculan a la persona con sus documentos de identificación personal³⁷³. Más aún, el Estado tiene todas las herramientas para encontrar a una

³⁷¹ Carrillo, Marc. *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Navarra, Thompson Aranzadi, 2003, p. 15.

³⁷² Estos tres escenarios por intimidad son tratados por Kaye, D. H. y Smith, Michael E. “DNA Identification databases:...” , cit., pp. 446 y ss.

³⁷³ Llácer Matacás, María Rosa. “Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información y la Vigilancia”, *La Ley*, Vizcaya, 2011, p. 191: “En esta proyección futura de

persona, por lo que resultaría imposible su desaparición y cambio de identidad, principalmente, por los datos biométricos.

La otra forma son las conductas anónimas. El ordenamiento jurídico protege en ciertos casos la posibilidad de no revelar algunas conductas, entre las que se pueden mencionar las donaciones, la expresión de opiniones privadas, las denuncias a las autoridades de situaciones delictivas o peligrosas para las personas, etc. Esta situación anónima no se vería afectada por la utilización de las bases de datos de ADN, ya que las mismas servirían para esclarecer ilícitos, de forma que tampoco habría problemas de inconstitucionalidad debido a que, cuando una persona delinque, no tiene derecho a no ser investigada, siendo esta una obligación de las autoridades administrativas que legitima el almacenamiento previo de la información en bases de datos de ADN.

Por su parte, el anonimato espacial supondría que con la base de datos de ADN el Estado podría perseguir a los ciudadanos las veinticuatro horas del día, convirtiéndose en un ente de súper vigilancia. En este caso el ADN ayuda a reconstruir los lugares en los que una persona estuvo, debido a que en cada uno de sus movimientos puede haber dejado y ser encontradas células de donde extraer el perfil genético. Ciertamente, el gobierno en varias ocasiones ha realizado actividades perversas de vigilancias de veinticuatro horas sobre las personas pero esta situación no acontecería con el ADN porque el Estado tiene otros medios para esos fines como una vigilancia policial.

fenómenos ya actuales no podía faltar la referencia puntual a algunos conceptos que ahora nos interesan. Por lo que se refiere a la *privacy*, en primer lugar, era fácil de prever que cada uno dejará señal de referencia sobre cualquier red a la que tendrá acceso para divertirse, consumir, trabajar, tener asistencia médica, etc. El Código es la huella. La moneda electrónica, especialmente, impedirá a cualquier persona escapar del control”.

Esta situación de vigilancia estatal³⁷⁴ se hizo patente en el caso National Security Agency vs. Snowden. El señor Snowden reveló información confidencial de esta agencia en Estados Unidos relacionada con los programas de vigilancia sobre las comunicaciones telefónicas y los correos electrónicos de presidentes y altas personalidades de distintos países, violentando así el derecho a la privacidad. Al no ser este el único caso en que la vigilancia estatal sobrepasa los límites de la privacidad de las personas, abogamos por un sistema en el cual el acceso a las bases de datos esté debidamente regulado y controlado.

El derecho a la protección de datos supone el conocimiento que debe tener un individuo sobre el manejo de su información por parte de las autoridades gubernamentales o de los entes privados. Aunque este derecho no es reconocido expresamente por la Constitución española, el apartado 4 del artículo 18 contiene un mandato del legislador para limitar “el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de

³⁷⁴ Sobre este particular, Smith, Zachary W. “Privacy and Security Post-Snowden: Surveillance Law and Policy in the United States and India”, *Intercultural Hum. Rts. L. Rev.* 137 (2014), p. 219, analiza las recomendaciones de la Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB), agencia independiente perteneciente a la rama del Ejecutivo, creada por recomendación de la Comisión del 9/11 mediante acta de 2007. Esta comisión tiene por objeto, en primer lugar, analizar la *proporcionalidad* de las políticas del Ejecutivo relacionadas con la política antiterrorista en Estados Unidos respecto de las libertades individuales y la necesidad de proteger la privacidad de las personas; en segundo lugar, la Comisión debe asegurarse de que en la elaboración e implementación de las políticas antiterroristas se tome en consideración el respeto a los derechos fundamentales. El PCLOB hizo a la NSA doce recomendaciones, entre las que destacan: a. Solicitar al gobierno federal descontinuar parte del programa de retención de datos, especialmente la información relacionada con personas no vinculadas a actividades terroristas y criminales; b. Crear salvaguardas adicionales relacionadas con la privacidad en el uso de la información recogida; c. Determinar un concepto de sospechoso para ser aplicado en la recogida de la información; d. Trabajar con las empresas proveedoras de Internet para determinar cómo divulgar los datos estadísticos y, a la vez, que el gobierno ofrezca más datos estadísticos a fin de poder analizar en profundidad sus actividades de vigilancia, y e. Definir criterios de transparencia para determinar especialmente qué información debe clasificar como secreta el gobierno y cual debe eliminar de sus sistemas cuando no sea necesaria.

sus derechos”³⁷⁵. Así, a fin de cumplir lo establecido, la Constitución española ha promulgado legislaciones que protegen la intimidad del titular de los datos personales almacenados por el Estado, como podría ser su perfil genético.

Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha establecido:

... el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos³⁷⁶.

³⁷⁵ Pérez Arroyo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 8.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 410, establece que mediante el artículo 18.4 de la Constitución, el constituyente español intentaba dar respuesta al problema de que los ciudadanos no controlan la mayor parte de la información que existe sobre ellos. En ese sentido, en palabras del autor: “Dicha información está en manos de poderes públicos o de empresas privadas. Materialmente los ciudadanos hemos perdido el control de nuestra intimidad. Los movimientos de las cuentas bancarias, de las tarjetas de crédito, la declaración sobre la renta y patrimonio, el registro de las llamadas telefónicas, etc., toda esta información que dice muchísimo sobre nuestra privada no está bajo nuestro control”.

³⁷⁶ Sentencia No. 292 del 30 de noviembre RTC 2000\292 (pleno), M. P.: Julio Diego González Campos, FJ 7.

El consentimiento es básico al momento de ceder información genética para ser almacenada en un sistema informático. Al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional español establece que

... el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que solo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales³⁷⁷.

En principio el Estado debería conservar el perfil genético de un individuo en una base de datos cuando este consienta. Una de las formas en que puede ser limitado este derecho al consentimiento en el manejo de la información genética personal es el interés público en la seguridad. Estas argumentaciones fundamentan el carácter excepcional de tales medidas, principalmente el consentimiento necesario para el manejo de datos. Ello puede provocar que una base de datos universal no pase el tercer filtro constitucional ya que, precisamente, el consentimiento es uno de los requisitos necesarios para la extracción de material genético.

En este orden de ideas, el artículo 5.º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece que en todos los casos en que sea necesario realizar una investigación sobre el genoma humano debe existir

³⁷⁷ Sentencias Nos. 254/1993 del 20 julio. RTC 1993\254, FJ 7, M. P.: Fernando García Mon y González Regueral, y 233/2005 del 26 de septiembre RTC 2005\233, M. P.: Guillermo Jiménez Sánchez, FJ 6.

consentimiento previo, libre e informado por parte del interesado. Una de las excepciones que permiten limitar el consentimiento del titular de la información genética es la existencia de una imperiosa necesidad (art. 9.º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos) como, por ejemplo, una investigación penal o su uso por las administraciones públicas como ya se manifestó.

En este punto la pregunta obligatoria es: ¿tiene el Estado la potestad de decidir unilateralmente, y sin causas para ello, la toma de muestras biológicas para la creación de una base de datos universal? La respuesta no puede esperar. A nuestro juicio debe existir una causa, ya sea individual o colectiva, que justifique la excepción del consentimiento. Sin lugar a dudas, el almacenamiento estatal del perfil genético y, por ende, el cruce de datos en el sistema informático, es un proceso que invade directamente nuestra privacidad; sin embargo, en un Estado social y democrático de derecho la seguridad es un bien que debe ser garantizado, y en tal sentido el Parlamento tiene la potestad de promulgar legislaciones que autoricen la inserción del perfil genético de todos los habitantes de un país determinado en este caso, para la utilización de las administraciones públicas, aunque ello signifique problemas en lo referente al derecho a la intimidad³⁷⁸.

Precisamente, una de las excepciones a la necesidad del consentimiento en el derecho español es el tratamiento por parte de las administraciones públicas. El artículo 6.2 de la LO de Protección de datos y, de manera específica, el apartado 3 a) del Reglamento establecen que

³⁷⁸ En ese orden de ideas, Kaye, David H. “On the Considered Analysis of Collecting DNA before Conviction”, *Ucla L. Rev. Discourse*, Vol. 60, (104) 2013, p. 126: “El perfil genético es único, y ciertamente heredado del individuo, pero no todo lo genético y único es información personal íntima que amerite protección constitucional”.

... los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad de consentimiento del interesado cuando: a) se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de ley o una norma de carácter comunicatorio.

Este tratamiento de datos se exceptúa atendiendo a situaciones de tipo subjetivo, es decir, la titularidad del derecho por quien maneja la base de datos. Por lo que en el presente estudio no se trata de la finalidad de los datos³⁷⁹ para fines de investigaciones criminales.

En nuestra opinión, el almacenamiento de información genética es de utilidad para las administraciones públicas; incluso la Ley 10/2007 establece que la información genética almacenada podrá ser utilizada tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos o para la averiguación sobre personas desaparecidas. Esta situación autoriza el uso a las administraciones públicas, las cuales, al tener únicamente un código en el sistema informático, podrían declinar su propensión a abusar de la muestra biológica, que debería ser destruida inmediatamente se extrae el perfil genético.

La finalidad de lograr mayor probabilidad de cruce de datos exitosos en el sistema informático podría transformar a todos los miembros de la sociedad en sospechosos, primando entonces la desconfianza, por lo cual es necesario realizar un ejercicio de ponderación proporcional y razonable en donde uno de los valores a considerar sea el interés público en la seguridad. De no realizarse este ejercicio de

³⁷⁹ En términos similares Aparicio Salom, Javier. *Estudio sobre la protección de datos*, Navarra, Thompson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 177: “Sin embargo, la ley ha optado por un sistema de excepción genérica atribuyendo a las Administraciones Públicas la posibilidad de establecer tratamientos sin precisar el consentimiento del interesado, excepción que se fundamenta, por ello, en razones de tipo subjetivo, en el responsable del tratamiento, y no objetivas, relativas a la finalidad del mismo”.

proporcionalidad, el Estado tendría un control absoluto sobre los individuos y un poder ilimitado en la afectación de sus derechos fundamentales por poseer, desde su nacimiento, toda la información confidencial, sin siquiera exigirles su consentimiento en cuanto a su uso.

Por su parte, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece que se deberán proteger las condiciones estipuladas por la ley, es decir, la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad (art. 7.º). Ello quiere decir que, una vez almacenados en un sistema informático, es obligatorio proteger la privacidad de los datos, por lo que entendemos que una base de datos de ADN con controles adecuados y salvaguardas de buena utilización para sus usuarios no violaría el ordenamiento constitucional.

Incluso el legislador realizaría una ponderación equilibrada entre el respeto a los derechos fundamentales y su relación con otros bienes constitucionalmente protegidos. Ello porque, en caso contrario, un proyecto de esta magnitud podría ser el inicio de una sociedad del control en la que las garantías individuales no posean valor alguno. Como hemos manifestado anteriormente, este ejercicio debe contemplar un equilibrio entre el derecho a la intimidad, la privacidad y la protección de datos personales, y el interés público en la seguridad colectiva e individual, pues los ciudadanos serían investigados a raíz de cada infracción penal cometida.

El discurso de la inseguridad anteriormente analizado no puede ser el fundamento para que el Estado proceda a adelantar un proyecto de almacenaje de todos los perfiles de la población, pues este sería más político que jurídico. De ahí que en el

análisis de sus pro y contras deben ser necesariamente ponderados los mecanismos de control de la base de datos de ADN, entre los que se encontraría la destrucción inmediata de las muestras biológicas, lo que impide obtener ADN codificante y, por ende información no necesaria para la identificación de las personas.

Y es que el sistema jurídico no puede ser elaborado con base en situaciones no deseadas de inseguridades, ni evaluando al Estado como un delincuente, sino a partir del deber ser, de esa sociedad que aspiramos en la que el Estado, a través de las administraciones públicas, cumpla su función de búsqueda del interés general, en el que uno de sus valores, pero no el único, es la seguridad, por lo que sería interesante evaluar este modelo a la luz de argumentos racionales que serán propuestos al momento de la justificación de este modelo.

4.2.1.4. Poca utilidad debida a que en cada escena del delito pueden ser tomadas muestras biológicas para la realización de exámenes genéticos, por lo que no es necesario su almacenamiento

Este argumento podría tener como fundamento la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a personas inocentes al constatar las autoridades policiales o judiciales su no participación en la comisión de un delito, lo cual presenta un problema técnico de fondo, pues cada vez que es recogido un vestigio biológico en el entorno del delito, al sospechoso inocente se le debe realizar un análisis de ADN para comparar su resultado con el perfil genético dubitado almacenado en una base de datos. Ello quiere decir que la inocencia puede ser demostrada en cada investigación criminal sin necesidad de tener información genética almacenada. El otro argumento sería de corte utilitarista, en el sentido de maximizar el uso de las bases de datos de ADN logrando un cruce exitoso de perfiles genéticos en cada

comparación realizada en el sistema, así como un mayor grado de disuasión de los delincuentes.

Pese a los argumentos en favor de la creación de un sistema informático con todos los perfiles genéticos de una población determinada para lograr las dos situaciones descritas anteriormente, exoneración de inocentes y captura de culpables, en caso de no realizarse una ponderación equilibrada entre el respeto a los derechos fundamentales y su relación con otros bienes constitucionalmente protegidos, un proyecto de esta magnitud podría ser el inicio de una sociedad del control.

Sobre el argumento de descartar de las investigaciones a personas inocentes, un modelo general tendría ventaja sobre los modelos restringidos en que por no tener estos todos los perfiles de las personas investigadas al momento en que se comete el delito, sería necesario investigar a más personas para descartar a las inocentes incurriendo los Estados en gastos innecesarios³⁸⁰. Adicionalmente, en el caso de Estados Unidos la legislación, avalada ahora por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *Maryland vs. King*, permitiría conservar las muestras biológicas de las personas que no resulten imputadas. En términos similares, la legislación española permite la conservación de la información genética del

³⁸⁰ Cfr. Regensburger, Derek. “DNA Databases and the Fourth Amendment: The Time Has Come to Reexamine the Special Needs Exception to the Warrant Requirement and the Primary Purpose Test”, en *19 Alb. L.J. Sci. & Tech.* 319 (2009), p. 339, analiza las críticas realizadas a los Bancos de ADN debido a la inversión de recursos económicos ineficientes para los Estados debido a que la mayoría de los delitos, por ejemplo, contra la propiedad, se realizan sin violencia. Sin embargo, descalifica este argumento porque uno de los niveles de mayor reincidencia se observa en las personas que cometen delitos contra la propiedad, por lo que resulta lógico suponer que han realizado dichas actividades en múltiples ocasiones y la policía podría utilizar las muestras biológicas varias veces ahorrando costos al Estado. Adicionalmente, el ADN ayuda a solucionar casos de asesinatos y violaciones que son de los más costosos e invasivos, y como resultado se producirá un ahorro sustancial, además del efecto disuasivo que producen las bases de datos de ADN.

sospechoso no imputado hasta la prescripción del ilícito por lo que los efectos del modelo general en estos casos sería más beneficioso y equitativo para la población general. Ello porque, como manifestamos al analizar el tema de los arrestados o sospechosos no imputados, esta situación provocaría desigualdad jurídica en el sistema de justicia penal.

En lo que respecta al argumento de capturar al sospechoso con mayor rapidez, un modelo de todos los perfiles genéticos sería más eficaz y equitativo que uno restringido. Ello porque en el modelo general uno o varios sospechosos podrían ser responsables del delito investigado, gastando el Estado menos recursos en las investigaciones por tener un rango limitado de posibles culpables, mientras que en el restringido, al no tener previamente almacenados los perfiles genéticos gastaría lógicamente mayores recursos en investigaciones de personas vinculadas o no con el ilícito investigado. Y es que en estos tiempos fruto de la revolución de las tecnologías de la investigación y de las ciencias la prueba por excelencia del proceso penal ya no recae en el testigo sino en la ciencia³⁸¹. Una base de datos con los perfiles genéticos de toda la población delimitaría el número de sospechosos a investigar, exoneraría a las personas inocentes y reduciría costos al Estado³⁸² en las investigaciones penales que muchas veces terminan en resultados fallidos.

³⁸¹ Bien lo afirma Stunz, William J. *The Collapse of American criminal justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press., p. 227: “[...] El testimonio había sido la mejor forma de probar la culpabilidad en el siglo XVIII cuando la confrontación era escrita. Por el contrario, el mayor avance en el proceso criminal de la generación pasada –el incremento y seguridad de la evidencia forense, incluyendo el ADN– depende del análisis científico de la evidencia científica y no del testimonio”.

³⁸² En contra de esta posición, Tracy, Paul E. y Morgan, Vincent. “Big Brother and His Science Kit: DNA Databases for 21 Century Crime Control?”, 90 *J. Crim. Law & Criminology* 635, 654-55 (2000), quienes sostienen que se gastan millones de dólares para la puesta en funcionamiento y para el mantenimiento de las bases de datos de ADN, siendo útiles solo para cierto tipo de

4.2.2. Argumentos a favor

Los argumentos a favor de estas herramientas informáticas son, entre otros, su eficacia en la aprehensión y disuasión de delincuentes, la no discriminación en la composición de la base de datos y en el uso de la información genética, y las propiedades del ADN no codificante.

4.2.2.1. Eficacia

La eficacia de la base de datos de ADN es uno de los argumentos más sólidos para legitimar la expansión del almacenamiento de los perfiles genéticos a todos los miembros de un país o región determinada. Esta cualidad positiva puede ser estudiada en dos vertientes diferentes: a. El esclarecimiento del delito, y b. El efecto disuasivo sobre los delincuentes.

La cooperación en el esclarecimiento del delito es una de las principales virtudes del ADN, pues las características del genoma humano permiten identificar rápidamente al responsable de la comisión de un injusto penal cuando el vestigio biológico es encontrado en el entorno del delito, lo cual puede verificarse con datos estadísticos: en Estados Unidos, para septiembre de 2015, el CODIS había producido 269.490 cruces exitosos en más de 282.175 investigaciones en las que este sistema informático había sido utilizado³⁸³.

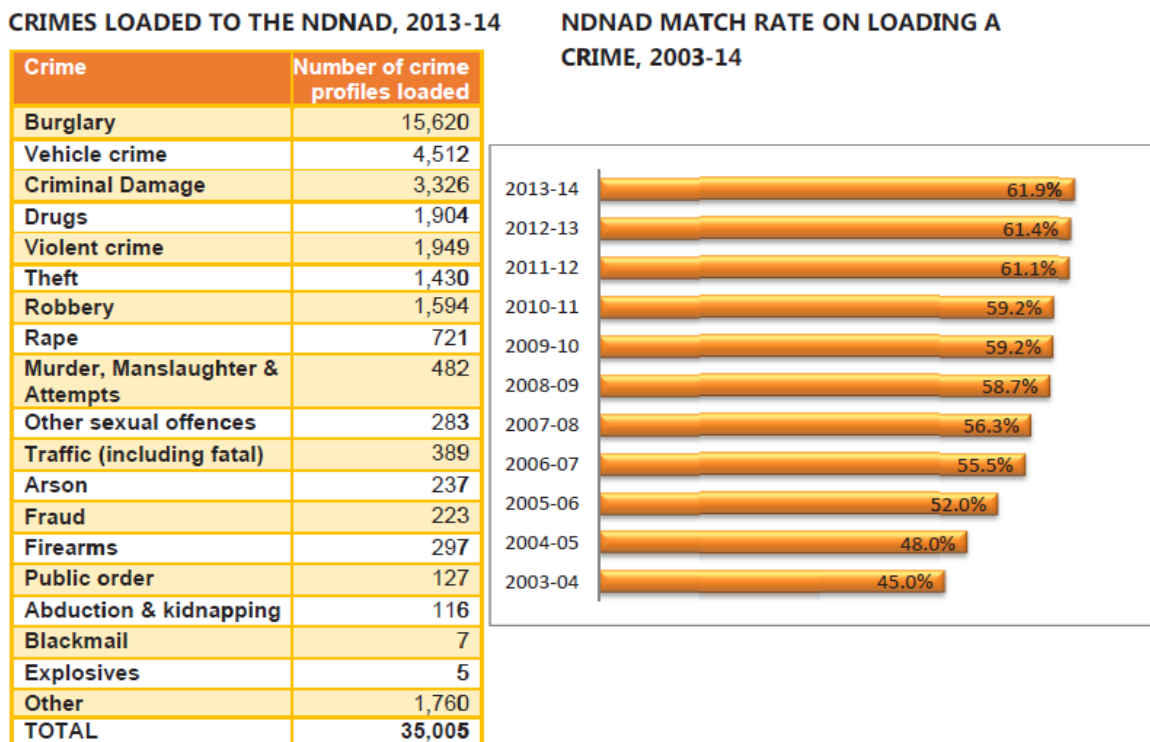
El ADN también ha sido utilizado para esclarecer delitos en los que no se ha identificado un responsable penal. Así, en el año 2013 el informe de la Comisión

investigaciones, por lo que sería conveniente invertir más en aumentar y mejorar las agencias de investigación del delito que en desarrollar estos sistemas informáticos.

³⁸³ Esta estadística, más los resultados por Estados en los Estados Unidos de Norteamérica, puede ser consultada en la página Web del FBI. Disponible en [<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>], consultada el 25 de octubre de 2015.

Estratégica para el uso del ADN del *Home Office* (Reino Unido) analizó en su informe anual el incremento de la efectividad en el uso de esta prueba en los casos en que fue aplicada, comprobando que las tasas de certeza se habían incrementado de un 45% en 1996 a un 61,9% en 2013. La tabla que se describe a continuación solo toma en consideración los cruces exitosos de datos de escenas del crimen con personas sospechosas, es decir, dubitados contra indubitados, y no los de escenas del crimen contra otras escenas del crimen, es decir, perfiles genéticos contra otros perfiles genéticos dubitados, en cuyo caso el porcentaje alcanzaría el 64.9 según este informe³⁸⁴.

Gráfica 3



Fuente: National DNA Databases, Strategy Board Report 2013-2014.

³⁸⁴ Cfr. [<https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2013-to-2014>], consultada el 25 de octubre de 2015.

El uso de la tecnología del ADN ha permitido exonerar de responsabilidad penal a personas inocentes. En Estados Unidos esta prueba ha sido utilizada en más de 330 casos de personas condenadas injustamente, y en un 25% de ellos se ha encontrado al verdadero culpable.

Los anteriores argumentos permiten ratificar la eficacia del ADN en el esclarecimiento de los delitos, situación que tiene consecuencias directas en la creación de una base de datos universal, pues esta ayudaría a aclarar la mayoría de los casos en que sea recogido un vestigio biológico en el entorno del delito.

Las finalidades preventivas especiales intimidatorias de la base de datos de ADN producen un efecto directo en la reducción de las tasas de reincidencia, de forma que los delincuentes son disuadidos de cometer nuevos delitos por las probabilidades de captura que ofrece a las autoridades judiciales esta diligencia de investigación. El efecto intimidatorio consiste en la certeza que ofrece este mecanismo de prevención del delito para la imposición de la pena, que es, en el análisis económico del derecho, uno de los elementos de la ecuación de la intimidación sobre el delincuente (*disuasión = gravedad X certeza en la imposición de la pena X celeridad*), como analizamos en el Capítulo III. En ese sentido, la base de datos incrementa exponencialmente la probabilidad de captura e identificación del delincuente, lo que, como habíamos explicado, eleva las probabilidades de imponer una condena como consecuencia jurídica de un hecho delictivo.

El efecto disuasivo relacionado con la posibilidad de captura de delincuentes puede ser analizado y comprobado mediante datos estadísticos referidos al uso de estos sistemas informáticos; así, el informe de la Comisión Estratégica para el uso del

ADN del Home Office (Reino Unido)³⁸⁵, para el año 2013 estableció que las bases de datos de ADN en Inglaterra y Gales, fueron utilizadas exitosamente en el esclarecimiento de 29.351 escenas de delito, produciendo 17.152 cruces exitosos, lo cual quiere decir que en aquellos delitos en que se ha utilizado la técnica del ADN en Inglaterra y Gales, el índice de detección es de 58%, lo que demuestra gráficamente el alto grado de eficacia de una base de datos de perfiles genéticos.

El mismo informe reconoce que no en todas las escenas del delito ha sido tomada una huella genética; así, solo en el 15% de las investigaciones la policía del Reino Unido recolectó vestigios biológicos (de 3.506.699 casos analizados, solo en 522.339 de ellos fue utilizada esta técnica), por lo que, obviamente, con un mayor número de casos se producirán más cruces de datos exitosos. Este argumento también permite observar la viabilidad de crear una plataforma informática con todos los perfiles genéticos de los miembros de un Estado determinado.

³⁸⁵ *Ibíd.*, p. 13 del Informe anual.

Tabla I

Vestigios biológicos recolectados en el Reino Unido

Number of crimes (all types) recorded	3,506,699
Sanctions detections	1,041,401
Detection rate for all recorded crime	30%
Crimes with CSI examinations	522,339
Percentage of crimes with CSI examination	15%
Number of crimes with scene profiles loaded to NDNAD (force data)	29,351
Detections related to the above (force data)	17,152
Detection rate where crime scene profiles are loaded to NDNAD	58%
Number of vehicle thefts recorded	75,312
Sanctions detections for vehicle thefts	11,834
Detection rate for vehicle thefts	16%
Vehicle thefts with CSI examinations	23,818
Percentage of vehicle thefts with CSI examination	32%
Number of vehicle theft crime scenes loaded to NDNAD (force data)	1,769
Detections related to the above (force data)	661
Detection rate where vehicle theft crime scene profiles are loaded to NDNAD	37%
Number of domestic burglaries recorded	211,699
Sanctions detections for domestic burglaries	32,723
Detection rate for domestic burglaries	15%
Domestic burglaries with CSI examinations	193,911
Percentage of domestic burglaries with CSI examination	92%
Number of domestic burglary crime scenes loaded to NDNAD (force data)	8,166
Detections related to the above (force data)	5,170
Detection rate where domestic burglary crime scenes are loaded to NDNAD	63%

Fuente: National DNA Databases, Strategy Board, Report 2013-2014.

4.2.2.2. No discriminación en la conformación de la base de datos

Como se manifestó en el Capítulo I del presente estudio, un argumento sólido es la posibilidad de evitar efectos discriminatorios por estar almacenados todos los perfiles genéticos en una base de datos. A modo de resumen enunciaremos

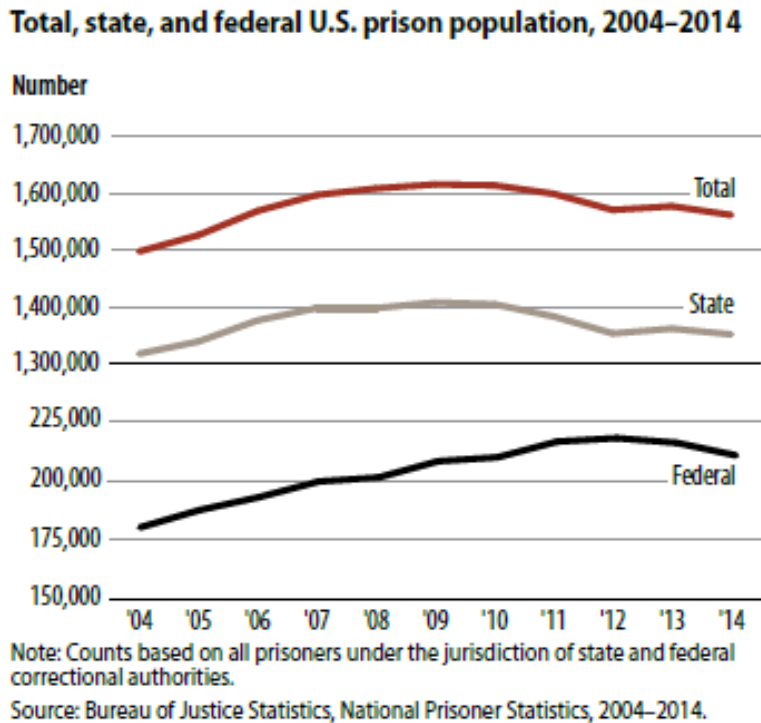
nuevamente el posible efecto discriminatorio en la composición de estos sistemas informáticos.

Al analizar estadísticamente los datos para el año 2014 encontramos que en Estados Unidos, cuya población penitenciaria es de 1.561.500 individuos, cerca del 3% son de raza negra no latinos de sexo masculino y el 1% de los latinos está cumpliendo condena por al menos un año en prisión, comparado con menos de un 0,5% de personas de raza blanca no latinos. Un estimado de 516.900 personas de raza negra (37%), 453.500 blancos (32%) y 308.700 latinos masculinos (22%) se encuentran en custodia de las autoridades penitenciarias de este país. Las personas de raza negra tienen la mayor tasa de encarcelamiento en todas las edades, tanto en penitenciarías estatales como federales, para un total de 10,5% contra un 3,8% de raza blanca, y de 1.4 a 3.1 veces más en comparación con los latinos. Adicionalmente, los hombres tienen mayor probabilidad de ser condenados, pues del total de la población carcelaria solo el 7% son mujeres³⁸⁶.

³⁸⁶ Cfr. Sumario del Informe “Prisioneros 2014”, de la Oficina de Estadísticas Judiciales, septiembre de 2015. Disponible en [http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p14_Summary.pdf], consultada el 26 de octubre de 2015.

Gráfica 4

Población carcelaria total estatal y federal en Estados Unidos (2004-2014)



En términos similares, para el año 2014 en Alemania 2.149.504 personas fueron consideradas sospechosas, de las cuales 552.263 eran de sexo femenino. Ello quiere decir que un 74,3% de los hombres tenía probabilidades de ser considerados sospechosos por la comisión de una infracción penal, mientras que las cifras para las mujeres alcanzó apenas un 25,7%³⁸⁷, lo cual muestra que el almacenamiento de este tipo de información en la base de datos sería sesgada si para cada delito investigado se tomara una muestra biológica.

³⁸⁷ Cfr. Estadísticas criminales de la Bundeskriminalamt (Oficina Federal de Investigación Criminal), 2014. Disponible en [\[http://www.bka.de/nn_195196/SharedDocs/Downloads/EN/Publications/PoliceCrimeStatistics/2014/pks2014FlyerEnglish.html\]](http://www.bka.de/nn_195196/SharedDocs/Downloads/EN/Publications/PoliceCrimeStatistics/2014/pks2014FlyerEnglish.html), consultada el 26 de octubre de 2015.

Tomando en consideración los datos transcritos arribamos a la conclusión de que en la conformación de las bases de datos de ADN en los modelos actuales habría un doble sesgo discriminatorio: el primero en atención a situaciones raciales y el segundo en razón del género.

La situación racial se agrava en el caso de Estados Unidos donde siempre hay problemas discriminatorios en perjuicio de las etnias³⁸⁸. Las agencias de *law enforcement*, tomando como pretexto básico las políticas de “*stop and frisk*”, y los problemas que presenta la identificación mediante testimonios sesgados por el tema racial, muestran mayor propensión a arrestar personas pertenecientes a las minorías, y a insertar su ADN en las bases de datos, principalmente después del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Maryland vs. King*³⁸⁹ en el que se validaron la retención de información genética de personas arrestadas, siendo la raza negra la más perjudicada. Incluso, se han estudiado las políticas de

³⁸⁸ Sobre el tema racial y el ADN en el sistema de justicia de Estados Unidos Cox, Rachel. “Unethical Intrusion: The Disproportionate impact of law enforcement DNA sampling on minority populations”, *52 Am. Crim. L. Rev.* 155, 2015, p. 156, desarrolla una tesis interesante, fundamentada en la Teoría Racial Crítica, según la cual el análisis de la relación entre lo racial y el poder cuestiona el razonamiento legal tradicional y los principios de neutralidad del derecho constitucional, y es atraída por el activismo para realizar los cambios en las organizaciones sociales que perpetúan el racismo, concluyendo que: 1. El racismo y sus inequidades son reconocidos como algo ordinario y no extraordinario que amerita la reacción de la sociedad; 2. El racismo produce ventajas a favor de la elite y la clase trabajadora blanca, y la sociedad carece de incentivos para erradicarlo; 3. La raza es una construcción social más que una realidad, lo cual significa que socialmente se crea esa distinción, y por último, 4. La sociedad tiene una tendencia a manipular la forma en que realiza sesgos raciales y estereotipa minorías étnicas dependiendo de sus necesidades actuales.

³⁸⁹ *Ibíd.*, p. 175. Analiza el fallo *Maryland vs. King* y su efecto sobre las personas arrestadas pertenecientes a minorías étnicas, y concluye que tendría un efecto negativo y desproporcionado en estas poblaciones. “La posesión de información genética puede tener efectos discriminatorios en contra de individuos y grupos étnicos, y estigmatizaría y discriminaría esos grupos. La ampliación de las Bases de Datos de ADN incrementaría las situaciones particulares de las minorías, y esta abominable forma de registro incrementaría los efectos discriminatorios entre raza y comportamiento criminal”.

sus cuerpos de seguridad que propician la creación de estereotipos para asociar raza con crimen, manifestando perfiles raciales, y manipulando las tipificaciones de conductas para dirigir el sistema legal en contra de las personas de raza negra.

En el caso europeo habría que estudiar a fondo el problema de los inmigrantes legales e ilegales, cuyo flujo se ha incrementado notablemente en los últimos años, y las políticas desarrolladas por la Comunidad Europea para afrontar dicha situación que, de todas maneras, ha tenido efectos en el tema del ADN, como el tratado de Prüm que establece un marco legal para profundizar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Más concretamente, prevé el intercambio entre las Partes contratantes de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos, registros de matriculación de vehículos, y datos personales y no personales relacionados con la cooperación policial transfronteriza.

El modelo de almacenamiento universal permite evitar los efectos colaterales discriminatorios en la conformación de los ficheros de una base de datos de perfiles genéticos, puesto que la información no estaría sesgada en razón de la etnia o el sexo, o cualquier otro aspecto, sino que contendría la información genética de todos los miembros de una población determinada sin discriminación. Ello, como veremos en la toma de postura, obligaría a los Estados a tener mayores controles en el manejo de las bases de datos de ADN y, por ende, un sistema con mayores niveles de seguridad que permita certificar que la información captada no será utilizada para experimentos genéticos.

5. Duración de la información genética en el sistema informático

Uno de los temas más debatidos en el proceso de almacenamiento estatal de información genética es su duración en una base de datos, la cual varía en función

del modelo de conservación del perfil genético elegido; así, para que el modelo restrictivo propio sea coherente y racional debe tener una duración determinada. En el modelo restrictivo impropio la duración depende de si la información almacenada corresponde a un individuo condenado o a uno que desea obtener un beneficio penitenciario. En este modelo se trata de medidas jurídico-penales de control que, en principio, deben cesar en un momento determinado debido a sus fines rehabilitadores y de corrección³⁹⁰, lo cual no sucede en la práctica. Por su parte, si se adopta un modelo expansivo o voluntario la duración puede ser indeterminada en razón a que estos procedimientos serían administrativos de conservación de la información genética en una base de datos.

En la presente sección analizaremos a grandes rasgos la duración de la información genética en los sistemas informáticos en relación con el modelo de almacenamiento elegido y su regulación en legislaciones concretas.

5.1. Duración determinada de la información genética en una base de datos en el modelo restrictivo propio

En aquellos países en que se ha optado por modelos restrictivos la duración no parece ser proporcional a las infracciones que motivan el almacenamiento de la información genética. Las naciones que poseen legislación sobre almacenamiento de perfiles genéticos en bases de datos han utilizado tres velocidades diferentes

³⁹⁰ Constitución española, artículo 25.2: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. Esta disposición puede ser aplicada analógicamente a la medida jurídico-penal de control de almacenamiento de información genética.

para concretar la duración: i. Una duración indefinida; ii. Una duración definida pero desproporcional a la infracción que motiva el registro; y iii. Una duración que podríamos considerar proporcional atendiendo a criterios como los antecedentes penales.

En la práctica, el modelo de duración determinada no es proporcional a la infracción que motiva el almacenamiento estatal del perfil genético. Así, en la primera velocidad encontramos países como Reino Unido, que pese a haber sido sancionados por la Corte Europea de Derechos Humanos, establecen un periodo de duración indefinida para la conservación del perfil genético. Situación que en la práctica produce estados que atentan contra los posibles fines rehabilitadores de la pena creando un sospechoso habitual.

En la segunda velocidad a escala europea encontramos países como Bélgica y Holanda. Estos países presentan un periodo de duración determinada pero en algunos casos desproporcionales a las infracciones que producen el registro de información genética. Ello refuerza nuestra tesis de que la conservación estatal del perfil genético es una medida administrativa de control. Sin embargo, el almacenamiento de información genética debería ser proporcional al delito que motiva la inserción del perfil genético en la base de datos.

A modo de ejemplo, en Holanda el Estado conserva el perfil genético en la base de datos de dos formas diferentes y atendiendo a la duración de la condena impuesta judicialmente: en primer lugar, al término de los treinta años, cuando la infracción que motiva el registro es punible con al menos una pena de prisión de seis años; en segundo lugar, al término de veinte años cuando la infracción que motiva el almacenamiento es punible con menos de seis años de prisión. Este modelo de conservación también es desproporcional a la infracción que motiva el registro.

En la tercera velocidad, la legislación española acogió una regulación atendiendo a la duración de los antecedentes penales en caso de haberse dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, haciendo la salvedad de que la resolución judicial mediante la cual se declare dicha situación deberá expresar si no existe la necesidad de mantener el perfil genético almacenado a una duración distinta. Este modelo a nuestro entender es proporcional y tiene por finalidad tener el control por un tiempo determinado de las personas que resulten afectadas por estas medidas.

Pese a ser el almacenamiento de información genética la consecuencia jurídico-penal de la comisión de un delito, los modelos de duración estudiados no presentan criterios definidos y su común denominador es la potestad absoluta del Estado para controlar esta clase de información. A nuestro juicio, dicha potestad abusiva resulta de un ejercicio desproporcionado en la conservación de datos genéticos, por no existir una relación racional entre la infracción que motiva el almacenamiento y su duración en los ficheros. Tal como se analizará en la toma de postura, entendemos que en la imposición de estas medidas jurídico-penales se deben utilizar criterios de proporcionalidad, y en ese sentido será necesario ponderar la infracción que proporciona un indicio de peligrosidad y los efectos en la seguridad colectiva de esta medida, debido a la obligación del Estado de esclarecer y prevenir delitos en una forma racional. Ello, tomando en consideración los fines de reinserción social y rehabilitadores de cualquier medida jurídico-penal.

5.2. Duración de la información genética en una base de datos en el modelo restrictivo impropio

En principio no compartimos la visión de aquellas legislaciones que imponen retroactivamente a los individuos condenados la obligación de otorgar una muestra

biológica, y que a su vez el Estado proceda a almacenarla en una base de datos con miras a un futuro análisis del ADN, pues de esa manera se vulnera el derecho fundamental a la no aplicación retroactiva de las disposiciones penales. Sin embargo, en el presente estudio hemos definido la naturaleza jurídica del almacenamiento de perfiles genéticos como una medida administrativa y no como una con carácter punitivo por lo que podría ser aplicada de manera inmediata por su carácter policial de control de cierta población considerada peligrosa al haber sido condenada judicialmente. En ese orden de ideas, en Estados Unidos las legislaciones permiten conservar la información genética de un individuo detenido por las autoridades policiales, siendo coherentes, a nivel federal y en ciertos Estados, permitiendo que tenga una duración indefinida de facto en la base de datos. En esos países la conservación del perfil genético es simplemente una forma de tener información sobre un individuo.

En este país existe un proceso complejo para suprimir la información genética de las bases de datos a nivel estatal y del gobierno federal. En ese sentido, en New York el Estado tiene la obligación de destruir la muestra biológica y eliminar del sistema informático el perfil una vez finaliza la investigación o es absuelto judicialmente. Mientras en California y a nivel del gobierno federal la persona afectada debe realizar una solicitud de supresión de datos, la cual debe estar acompañada de un informe favorable del Ministerio Público y ser evaluada por un juez mediante resolución judicial inapelable. Es importante resaltar, que en este país existe una legislación estatal y otra para el gobierno federal. Ello quiere decir que aún siendo borrada del sistema informático el perfil genético y destruida la muestra biológica la misma es retenida en el CODIS. Debido a esa situación es que en la práctica la duración es indefinida, pues, se trata de un procedimiento costoso y complejo no siendo obligatorio para el gobierno federal suprimir de la bases de

datos de ADN la información genética de la persona afectada aún siendo absuelta de responsabilidad penal o no siendo acusada.³⁹¹

5.3. Duración indeterminada de la información genética en una base de datos en el modelo expansivo

Por su naturaleza predelictual, en el modelo expansivo no existe una relación proporcional entre la medida de conservación de la información genética y la razón que motiva tales procedimientos. Ello, en razón a que en la imposición de una medida administrativa no se toma como parámetro la peligrosidad criminal y no es la consecuencia jurídica de un delito, por lo que no tiene fines rehabilitadores sino meramente identificativos y preventivos.

En relación con una base de datos universal con fines forenses penales, por las mismas características del modelo, la duración en el sistema informático sería indefinida, situación que ayudaría a respetar el principio de igualdad y no vulneraría otros derechos fundamentales por ser la consecuencia de un test de proporcionalidad avalado por el proceso político como analizaremos en la toma de postura.

6. Toma de postura en cuanto al modelo de almacenamiento de información genética

Según hemos analizado, los Estados basan sus políticas de almacenamiento de información genética en distintos argumentos para justificarlas. Las doctrinas de

³⁹¹ Un análisis al respecto en Werse, Valerie 39 Rutgers Computer & Tech. L.J. 282 (2013), A “Lengthy, uncertain, and expensive process”: A comparison of types of expungement from DNA databaes of arrestees.

distintos países han sido fundamentadas sobre la peligrosidad criminal futura, las necesidades especiales de tener identificadas a las personas que cometen delitos, la efectividad en el esclarecimiento de delitos futuros, la exoneración de personas inocentes y la disminución de las expectativas de privacidad cuando una persona es arrestada para fines de investigación o condenada por la comisión de un delito.

Ambos sistemas (almacenamiento de información genética de personas arrestadas o condenadas) producen desigualdades en el régimen de justicia penal, y tienen efectos discriminatorios en perjuicio de minorías raciales y del sexo masculino. En cuanto a los criterios de inserción, existen también juicios desiguales al momento de decidir la conservación del perfil genético de las personas condenadas, afectando de manera no proporcional a quienes cometen ilícitos penales. En ese sentido, y a los fines de este estudio, consideramos más equilibrado y proporcional una base de datos para toda la población de un Estado.

Un sistema de base de datos con características para albergar la información genética de toda la población de un país determinado resultaría ser más eficaz que las herramientas actuales, haciendo la salvedad de que el argumento de la eficacia por sí solo no sería válido para justificar limitaciones a los derechos fundamentales. Tampoco lo sería el argumento, o mejor, el discurso de la seguridad de manera extensiva³⁹². Este concepto también ha sido exagerado por los penalistas para contribuir a la sensación de una inseguridad en que no son analizadas de manera racional las políticas de seguridad. En todos esos casos

³⁹² Bien lo afirman Mattelart, Armand y Vitalis, André. *De Orwell al Cibercontrol*, Barcelona, Gedisa, 2015, p. 147: “La noción de seguridad es muy extensiva y hace que, poco a poco, a través de sucesivos deslizamientos, se pase del terrorista al criminal, posteriormente al criminal potencial y finalmente, del criminal potencial al individuo peligroso o que manifiesta comportamientos anormales o fuera de la norma. De esta forma, se juntan los discursos securitarios con los que legitiman la gestión del riesgo”.

estaríamos creando una sociedad orwelliana o del control de masas poblacionales³⁹³, principalmente, mediante dispositivos informáticos.

Por el contrario, un modelo universal debe partir de un análisis racional sobre criterios como la equidad, y por estar dirigida a toda la población, con un mejor sistema de salvaguardas al momento en que las autoridades se vean en la necesidad de usar estos sistemas. A continuación procederemos a desarrollar las justificaciones que nos permiten tomar postura a favor de este modelo.

6.1. Utilización para finalidades diversas

En primer lugar, por el carácter administrativo de la medida, y por las finalidades preventivas de esta clase de derecho, incluyendo el sancionatorio, debemos resaltar que una base de datos de ADN no necesariamente debe ser utilizada para fines de esclarecimiento de ilícitos penales, sino que sirve también para otras finalidades propias del Estado que contribuyen al cumplimiento de sus potestades.

En ese sentido, y como habíamos expresado anteriormente, las bases de datos de ADN podrían ser utilizadas para identificar cadáveres en situaciones de catástrofe o con fines antropológicos, o en aquellos casos en que no se pueda identificar físicamente a personas víctimas de accidentes de la vida cotidiana (p. ej., incendios) u otras situaciones similares. Y en el ámbito forense, en adición a sus finalidades naturales como, por ejemplo, la cooperación en el esclarecimiento de delitos futuros, y por ende, los efectos disuasivos sobre una población determinada. Estos sistemas informáticos podrían también ser utilizados para identificar víctimas

³⁹³ *Ibíd.*: “Lo que es novedoso no es tanto la utilización generalizada de la potencia de la informática para establecer perfiles y para identificar, como la sistematización de estas acciones; esto significa que se crea una nueva forma de control social, hasta ahora inédito, que organiza una vigilancia de masas para prevenir los riesgos”.

de delitos. Este argumento parece ser el sentir de la legislación española que amplió su espectro de uso de la tecnología del ADN a procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

En Argentina el Banco Nacional de Datos Genéticos contribuye al esclarecimiento de la identidad de personas secuestradas durante la dictadura cuando eran menores de edad, oponiendo con ello el derecho a la privacidad y el derecho a la verdad³⁹⁴ entre los tres actores principales: los familiares que desean saber la identidad real de personas que suponen ser sus hijos, las víctimas menores separadas de sus familias biológicas, y el Estado. En esta base de datos se registran los perfiles genéticos de las víctimas de la dictadura militar argentina entre 1976 y 1983 (padres, abuelos o personas interesadas en comprobar su verdadera identidad), las cuales se someten al análisis del ADN para comparar su perfil genético con otras personas que voluntariamente han aceptado previamente la prueba del ADN por tener familiares desaparecidos.

Una base de datos de ADN con finalidades bien definidas exigiría un conjunto de salvaguardas jurídicas más estrictas que una base única para situaciones forenses penales. Adicionalmente, al estar registrado en ella el total de población, entraría en juego un sistema de pesos y contrapesos para utilizar esos sistemas informáticos que evitarían o disminuirían su mal uso o un uso distinto para el que fue registrado el perfil genético.

³⁹⁴ Interesante análisis sobre la situación de los Bancos de ADN en la Argentina en Ludwin King, Elizabeth B. “Conflict of Interests: Privacy, Truth, and Compulsory DNA Testing for Argentina's Children of the Disappeared”, 44 *Cornell Int'l L.J.* 535 (2011), p. 568, quien establece que el derecho internacional de los derechos humanos ha ignorado dicha situación y se inclina por la tesis de que en principio la persona separada de su familia cuando era menor de edad debe decidir sobre su situación prevaleciendo el derecho a la privacidad sobre el interés de la familia y el Estado, pero aportando como solución que el Estado argentino debería dar la posibilidad de no presentar cargos penales en contra de los raptos a cambio de que la persona consienta en la muestra biológica para determinar la filiación o no con la persona reclamante.

6.2. Salvaguardas para evitar el mal uso de la información genética

Aunque el perfil genético es extraído de la parte no codificante del ADN, y por consiguiente no suministra información confidencial del individuo, el simple procedimiento de extracción del material genético supone una intromisión sensible en un ámbito privado e íntimo. En la muestra biológica también está incluida la parte codificante, que es aquella que suministra información sensible acerca del titular.

En ese sentido, el Servicio de Ciencias Forenses británico ha admitido la aprobación de cinco proyectos científicos con distintas finalidades referentes al uso forense del ADN. Esta institución no ha especificado si esas investigaciones científicas fueron realizadas sobre muestras biológicas que tenían partes codificantes, pero sus funcionarios administrativos admitieron que dos de los proyectos tenían por finalidad hacer más eficientes los procesos de identificación de personas implicadas en delitos, fundamentados en rasgos étnicos o familiares³⁹⁵.

El mal uso estatal de la información genética almacenada puede llegar a desencadenar efectos discriminatorios, beneficiando, por ejemplo, a los futuros empleadores, los cuales no contratarían a los titulares del perfil genético por su propensión a padecer enfermedades, o a las compañías aseguradoras, que crearían primas especiales, rompiendo así el principio de igualdad en el riesgo para las partes. Por este motivo, el protocolo de una base de datos de perfiles genéticos es vital para garantizar buenas prácticas en el manejo de la información confidencial y sensible.

³⁹⁵ Cfr. Staley, Kristina. “The police national DNA Database: Human rights and privacy”, *GeneWatch UK* 31, p. 5. Disponible en [www.genewatch.org], consultada el 29 de octubre de 2015.

Así mismo, al poseer el Estado los perfiles genéticos de todos los habitantes es su deber crear un sistema con mayores salvaguardas para su uso y manejo, de forma que los ciudadanos no se vean perjudicados con prácticas indebidas por parte de las autoridades que controlan las bases de datos. Estos sistemas estarían integrados por garantías de carácter técnico y jurídico que evitarían que los funcionarios responsables utilizaran la información genética para fines distintos a los identificativos.

6.2.1. Garantías técnicas en el uso de las bases de datos

En su carácter técnico las bases de datos de ADN universales permitirían la destrucción de las muestras biológicas, debido a que una vez extraído el perfil genético e insertado en el sistema la primera vez, ya no es necesario conservarlo. Un sistema de estas características pondría su énfasis en recoger las células en la escena del delito facilitando comparar siempre un perfil genético dubitado con otro indubitado registrado, porque se trata, más bien, de garantizar el derecho a la protección de datos personales³⁹⁶.

A los fines de posibles revisiones futuras, principalmente en el caso de exoneración de inocentes como consecuencia de los procesos de revisión de sentencias con carácter definitivo en los distintos sistemas judiciales, si fuese el deseo del condenado, se podrían conservar las muestras biológicas de donde fueron extraídos los perfiles genéticos para futuros análisis. Entendemos que depende de la voluntad

³⁹⁶ En el sentido clásico, Hass.emer observa los derechos fundamentales en relación con el derecho de protección de datos como mecanismos de defensa. Cfr. Hass.emer, Winfried y Chirino, Alfredo. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 51: “En el terreno clásico del derecho a la protección de datos personales se entienden los derechos fundamentales como derechos de defensa. Apenas en tiempos recientes resulta evidente que la protección de datos puede ser también un derecho participativo en la medida en que es un derecho del ciudadano garantizado por escrito, de acceso a las informaciones estatales”.

del condenado, pues en todo proceso penal una persona imputada, en ejercicio del derecho de defensa, podría requerir contraperitajes, por lo que una vez finalizado el proceso penal no se justificaría la conservación de la muestra biológica.

Adicionalmente, la persona que resulte identificada en el cruce de datos tendría derecho a solicitar una prueba genética adicional, en caso de que deseara demostrar que la muestra tomada de la escena del delito no le pertenece. Si es solicitada en virtud de los derechos de rectificación en el manejo de datos en los plazos oportunos podría ayudar a corregir los errores que se producen en una Base de Datos de ADN.

En ese orden de ideas, el *Home Office* ha detectado que en el proceso de extracción del perfil genético, sea de personas o de escenas del delito, se pueden producir cuatro clases de errores³⁹⁷. El primero consiste en que las autoridades toman la muestra biológica de dos personas y confunden los envases en los que fueron almacenadas para la posterior realización del test genético. El segundo reside en que en algunos casos se han detectado contaminaciones de las huellas genéticas y por ende se ha visto afectada la prueba del ADN. El tercer error supone un análisis genético mal realizado, y finalmente, se pueden producir errores al momento de registrar el perfil genético en el sistema informático por situaciones tan sencillas como una digitación equivocada.

Una base de datos de ADN que contenga toda la información de una población determinada permitiría disminuir los errores, puesto que tendría registrado en el sistema únicamente el perfil genético de la persona investigada. Si por cualquier

³⁹⁷ Cfr. [<https://www.gov.uk/government/publications/national-dna-database-annual-report-2013-to-2014>], consultada el 25 de octubre de 2015.

razón existiese un cruce de datos exitoso entre la información extraída de la muestra biológica y un perfil erróneamente registrado en el sistema, al momento de realizar una nueva prueba de ADN a la persona que resulte imputada el resultado podría ser corregido inmediatamente. Esta situación también podría ocurrir si el examen genético realizado sobre la muestra biológica encontrada en una escena del delito contiene errores y produce un cruce de datos exitoso en el sistema, en tal caso la situación podría ser corregida inmediatamente.

Es interesante recordar que el perfil genético almacenado en la base de datos no ofrece por sí solo información sobre el titular del ADN, sino que los datos están disociados en el sistema mediante una nomenclatura forense aceptada en el ámbito científico. Ofrece información cuando se produce un cruce de datos exitoso, razón por la cual, en principio, no existe peligro en almacenar la información genética de todos los miembros de una población determinada. En ese sentido la legislación española establece que solo se podrá almacenar información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (art. 4.º, Ley 10 /2007).

Tal como se especificó en capítulos anteriores, el ADN utilizado para extraer el perfil genético es el no codificante, el cual no ofrece información adicional acerca del individuo. El peligro de estos procedimientos es que el almacenamiento de la muestra biológica conservada por el Estado contiene restos codificantes de ADN, y es por ello que abogamos por su destrucción por no ser necesaria su conservación en sistemas como el que proponemos en el presente estudio.

Otra salvaguarda técnica es el nivel de seguridad³⁹⁸ aplicable a esta clase de sistemas. En el caso específico español, el artículo 8.º de la LO 10/2007 establece

³⁹⁸ El término seguridad constituye uno de los aspectos incluidos en el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. En ese sentido, Rebollo Delgado, Lucrecio y Serrano

que todos los ficheros que integran la base de datos están sometidos al nivel de seguridad alto. El nivel de seguridad alto se deriva en estos casos porque en virtud del Reglamento de Protección de Datos, la Ley de Base de Datos de ADN establece que son datos recabados con fines policiales³⁹⁹ por lo que no es necesario el consentimiento de las personas afectadas.

Este nivel de seguridad alto constituye una de las salvaguardas más importantes del modelo universal. Ello, porque las medidas cualificadas que exige el Reglamento de Desarrollo de la LO 15/1999 del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, son principalmente el cifrado de la información, el registro de accesos y las copias de seguridad.

El cifrado consiste en hacer que la información que contenga la base de datos de ADN no sea inteligible, ni manipulada por terceros. Esta medida de protección debe ser realizada tanto en los soportes que contienen los datos, como en el momento en que sean transmitidos a otros sistemas informáticos⁴⁰⁰ para fines de

Pérez, María Mercedes. *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 143: “La seguridad, tal y como se concibe en el artículo 9 LOPD, constituye una materia que incumbe al responsable del tratamiento o, en su caso, al encargado del mismo, y se cumplimenta con la adopción de medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad de los datos y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado”.

³⁹⁹ En ese orden de ideas, Álvarez Hernando, Javier y Carruzo Barahona, Víctor. “*Practicum. Protección de Datos*, 2015, cit., p. 263, consideran que son “Recabados con fines policiales sin consentimiento de los afectados. Esta tipología de datos se incluyó en la categoría de nivel alto con el objeto de armonizar las medidas de seguridad a implementar con las previstas en el Convenio de Europol, el cual entró en vigor en España el 1.º de octubre de 1998”.

⁴⁰⁰ Sobre este particular, cfr. Aparicio Salom, Javier. *Estudio de Protección de Datos*, 4.ª ed., Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 254: “Se requiere que se establezcan sistemas de cifrado que garanticen que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros, tanto para los soportes que contengan los datos que transmitan mediante el uso de redes de telecomunicaciones [...] Por tanto, esta medida de seguridad no tiene que aplicarse al sistema en que se realiza el tratamiento”.

comparación. Otro punto importante es la necesidad de que los accesos a las bases de datos de ADN tengan registros. Esta medida permitirá controlar a las personas que han tenido acceso a la información y a la finalidad del registro, debido a que, como proponemos, una base de datos universal de ADN no debe ser para un solo uso, sino que debe servir para múltiples propósitos⁴⁰¹. Se debe tener una copia del sistema informático en un lugar distinto a aquel donde se encuentre la base de datos, a fin de salvaguardarlo en caso de destrucción o alteración por parte de terceros.

En esta situación el proceso de cruce de datos identificaría a una persona que pasaría a ostentar inmediatamente la calidad de sospechoso. Tal como manifestamos en el Capítulo II, la prueba genética no puede ser utilizada de forma aislada sino en conjunto con otras pruebas del caso. A eso habría que añadir una fuerte reducción en los costos de investigación, dirigiendo sus esfuerzos los cuerpos de seguridad del Estado a personas que estuvieron antes, durante o después de haberse cometido un delito en la escena levantada a esos fines por la policía judicial.

6.2.2. Garantías jurídicas

El sistema jurídico debe proveer salvaguardas que eviten un mal uso de la información genética. Tomando en consideración que la muestra biológica debe ser destruida, una base de datos universal debe contar con un sistema de control para

⁴⁰¹ *Ibíd.*, p. 255: “Deberá registrarse la identificación del usuario, la fecha y hora, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado, así como, en el caso de que el acceso haya sido autorizado, la información que permita identificar el registro accedido, prohibiéndose la desactivación del sistema de registro”.

las personas que intenten utilizar la información con fines distintos para los que fueron almacenados los datos y asumir las consecuencias.

Dividiremos esta sección entre aquellas situaciones que garantizan un manejo adecuado de las bases de datos y un sistema de consecuencias para las personas que decidan alterar, manipular o utilizar de forma inadecuada la información. En lo relativo al control, tomamos en consideración el organismo responsable de estos sistemas informáticos y la forma de acceso a los mismos, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico y principios de la bioética. Por su parte, el acceso debe estar regulado por autorizaciones judiciales para los casos en que se investiga un delito, y, a la vez, con un sistema de sanciones bien definido para quienes atenten contra el buen funcionamiento de las Bases de Datos de ADN y el derecho a la protección de datos.

En lo que concierne a las personas responsables, creemos que debido al carácter universal de las Bases de Datos, el organismo idóneo no debería ser el Ministerio del Interior, ni tampoco el de Justicia como ocurre en España, sino una institución distinta que continúe subordinada a la Agencia de Protección de Datos⁴⁰², por ser el máximo organismo en la materia y, además, por su cierto grado de autonomía frente al Ejecutivo funcionando con carácter técnico⁴⁰³.

⁴⁰² El modelo español ha sido criticado por la doctrina debido a que hasta cierto punto el ejecutivo ejerce algunas modalidades de control; cfr. Delgado, Lucrecio y Serrano Pérez, María Mercedes. *Manual de Protección de Datos*, cit., p. 472: “La censura ha venido principalmente por el sistema de designación del gobierno. Esta intervención afecta sobre todo al Director de la Agencia que es nombrado mediante real decreto y puede ser cesado de igual manera. Además, el artículo 15.2 a) del Estatuto de la Agencia recoge la posibilidad del gobierno de separar al Director, antes de la expiración de su mandato por incumplimiento grave de las obligaciones del cargo, expresión que conlleva una fuerte carga política”.

⁴⁰³ Nuestra opinión es que una agencia de protección de datos debería funcionar con criterios de independencia, mucho más una que tendría un carácter tan sensible como la propuesta en el

En España han sido establecidas legalmente dos bases de datos con fines forenses penales, las cuales contienen información sobre perfiles genéticos: la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, creada mediante la Ley 10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y el Registro Central de delincuentes sexuales que será creado por el Ministerio de Justicia, según lo establece la Ley de Protección a la Infancia y la Adolescencia, el cual deberá incluir datos del perfil genético con la finalidad de que España cumpla con el “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, del 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010.

A nuestro entender, estas instituciones no deberían ser responsables de las bases de datos de ADN, pues su propia naturaleza no les permite la independencia necesaria para custodiar los datos puestos a su disposición. En ese sentido, el organismo de control debería ser independiente. La función de este organismo, independiente de ambos ministerios (de Justicia e Interior), sería adecuar el manejo de los datos al cumplimiento de la ley, y a la vez garantizar a los usuarios los derechos fundamentales materializados en el registro, cancelación y modificación de datos⁴⁰⁴.

presente estudio, en la cual deberían primar los aspectos científico y técnico, como ocurre en Estados Unidos y en el Reino Unido. En especial, la estructura de las agencias en Estados Unidos en donde si la función requiere pericia científica, la estructura también debe estar configurada por expertos. Un análisis interesante sobre el carácter técnico de las agencias en Estados Unidos en Beermann, Jack M. *Inside Administrative Law. What Matters and Why*, Wolters Kluwer, Law & Business., pp. 10 y ss.

⁴⁰⁴ El presente estudio no trata sobre las agencias de protección de datos; para una información amplia sobre los modelos de órganos de control de datos, cfr., por todos, Rebollo Delgado, Lucrecio y Serrano Pérez, María Mercedes. *Manual de Protección de Datos*, cit., pp. 464 y ss.: “El cometido fundamental del órgano de control es velar por la aplicación de la ley. Pues bien, el

Es importante resaltar la distinción entre bases de datos con fines meramente investigativos, como las que son objeto del presente estudio, de otras clases de bases de datos genéticos para la investigación médica⁴⁰⁵. Estas últimas tienen sus propias salvaguardas para evitar el mal uso por parte de las autoridades que controlan los datos considerados por su relevancia como datos sanitarios. Ello resulta importante porque el organismo de control solo deberá supervisar situaciones de identidad relacionadas con un código que será el producto del proceso de disociación de datos.

modo de verificar ese control obliga ya a tomar una primera decisión acerca de quién o qué instancia ha de realizarlo y gira en torno a cuatro posibilidades. Dos de ellas, asumidas por la mayoría de los ordenamientos, hacen referencia a la creación de órganos *ad hoc*, distintos entre los países en cuanto a su composición –pueden ser colegiados o unipersonales– pero no básicamente en cuanto a sus funciones. Una tercera posibilidad –que no se corresponde estrictamente con un modelo de órgano de control– consiste, precisamente, en descartar la creación de una instancia específica, confiando la garantía de la norma y defensa de los intereses de los ciudadanos a los cauces judiciales tradicionales. Por último, la cuarta establece un sistema tripartito, esto es, combina la existencia de un órgano de control –unipersonal en el caso inglés– con los recursos habituales ante los tribunales de justicia, y se crea como novedad un tribunal especial, que sería la instancia intermedia dentro de este triple mecanismo para conocer los recursos planteados ante el órgano de control objeto, por parte de éste, de una respuesta negativa”.

⁴⁰⁵ Esta distinción es estudiada por Gramunt Fombuena, Mariló. “El tratamiento de la información genética en la ley de investigación biomédica”, en Llácer Matacás, María Rosa (coord.). *Protección de Datos Personales de la información y la vigilancia*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 176 y 177: “Así pues, el tema de los datos genéticos y de su protección debe abordarse desde una doble perspectiva: desde la óptica investigadora y desde el prisma de su consideración como dato de identidad de la persona, destacando en ese último aspecto su relevancia como datos sanitarios. Sin ánimo de agotar el tema, expondremos brevemente dos ámbitos en los que los datos genéticos tienen una indudable proyección. Por una parte, en la investigación biomédica, cuya finalidad principal no se agota en el estudio de las enfermedades, sino que proyecta sus resultados en el de la investigación farmacéutica. Por otra, en el ámbito de la investigación policial, con las posibilidades que ofrece el hecho de llegar a conocer el ADN de los presuntos delincuentes en aras a la resolución de los delitos cometidos. En el primer caso, el aspecto relevante es el del dato genético como dato sanitario, mientras que en el segundo lo que cobra especial importancia es únicamente los datos en cuanto identificadores de un sujeto”.

Este nuevo organismo deberá velar por un uso adecuado de los datos y, principalmente, que sean requeridos para lograr la finalidad de la base de datos cual es identificar en situaciones delictivas. Así, tendrá que ser el ente de equilibrio entre las potestades estatales de esclarecimiento de delitos con un respeto a las salvaguardas y derechos fundamentales de los propietarios de los datos, especialmente, las funciones de actualización, conservación y la longitud de los datos⁴⁰⁶.

Una vez definido el organismo responsable de la base de datos debemos concentrarnos en la forma como se manejarán estos registros. En ese orden de idea, es interesante rescatar el contenido del artículo 326 de la *LEcrim*, que establece:

Quando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.

Sobre este particular, según se analizó en otras partes del presente estudio, la jurisprudencia española se ha pronunciado en numerosas ocasiones argumentando

⁴⁰⁶ En lo que concierne a estos tres aspectos es importante resaltar que el carácter indefinido de los datos en la base sugiere un control adecuado en el que la persona tenga el derecho a la rectificación, principalmente en caso de errores, pero en especial la longitud de los datos, que según Ruiz Carrillo, Antonio. *Manual Práctico de Protección de Datos*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 28: “Es un término técnico que se utiliza para medir la cantidad de información y de datos que se le atribuyen a una persona. Tradicionalmente se asocia a la calidad para poder configurar el grado de protección que hay que aplicar al fichero o al tratamiento de que se trate. La longitud es indefinida por naturaleza; ahora bien, está limitada por la calidad”.

que no es necesaria la autorización judicial para la toma de las muestras biológicas. El Tribunal Supremo ha ido consolidando una doctrina sobre la extracción de perfiles genéticos sin autorización judicial para el caso específica de la recogida de vestigios biológicos en el lugar del delito⁴⁰⁷, estableciendo lo siguiente:

... a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

En ese orden de ideas, se debe diferenciar el proceso de recogida de las muestras biológicas del examen genético propiamente dicho. En el proceso de recogida de células de la escena del delito la policía no necesitaría autorización judicial. Sin embargo, una vez realizado este proceso y documentado por los cuerpos de seguridad un juez debería vigilar el proceso de análisis de las muestras y el cruce de datos en la base de datos. Una base de datos universal propiciaría la comparación entre el perfil genético extraído de la muestra biológica recogida en la escena del delito y todos los perfiles de una población determinada.

A los fines de mayores salvaguardas para controlar un adecuado manejo de la información contenida en las bases de datos de ADN, somos de opinión que el proceso de comparación debería ser controlado por el juez mediante autorización judicial. Esto legitimaría el proceso de comparación de datos y garantizaría el uso correcto de la información genética, y en especial, la muestra biológica para que

⁴⁰⁷ A partir del año 2010 se ha venido consolidando en la jurisprudencia española una doctrina a nivel del Tribunal Supremo; así, las Sentencias No. 685/2010 de 7 de julio. RJ 2007\7322, F.J. 2, M. P.: Marchena Gómez y 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251 , FJ 4, distinguen varios casos de cómo analizar el tema de la autorización judicial.

no sea utilizada con fines distintos para los que fue recogida. Esta situación permitiría legitimar la búsqueda en la base de datos por existir un test de proporcionalidad en la decisión judicial, limitando los derechos fundamentales cuando sea estrictamente necesario y con las finalidades para las cuales fueron tomadas las muestras⁴⁰⁸. Como manifestamos en los aspectos técnicos, esta autorización judicial debería ser registrada por las autoridades encargadas de la base de datos.

Otra salvaguarda del buen uso de la información genética es el cumplimiento de principios de la bioética por las personas responsables que intervienen en el proceso de extracción de muestras biológicas para análisis del perfil genético. Estos principios se encuentran consagrados de manera principal en la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos y pueden ser organizados en tres grupos: los relacionados con el principio de dignidad, los vinculados con el principio de libertad, y, finalmente, el principio de precaución. Estos principios son utilizados para solucionar colisiones entre la investigación científica para el progreso de la humanidad y el respeto a los Derechos Fundamentales basados en valores comunes éticos por parte de los Estados⁴⁰⁹. Es importante analizar esta

⁴⁰⁸ Reveladoras las palabras de Amelung, Knut. “Constitución y proceso penal en Alemania”, en Ambos, Kai y Montealegre Lynett, Eduardo (coord.). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia”, 2005, p. 41: “El segundo principio constitucional que debe ser respetado en todo atentado a los derechos fundamentales es el llamado principio de proporcionalidad. Según este principio, el Estado no puede intervenir en los derechos fundamentales sino cuando estas intervenciones permiten realizar los objetivos buscados por la ley, son necesarias y no imponen a los interesados cargas desproporcionadas”.

⁴⁰⁹ Estos principios bioéticos han servido de unificación a las legislaciones europeas mucho antes de la integración, asumiéndolos los Estados como principios o valores culturales comunes; como afirma, Lenoir, Noelle. “La Bioética en la Comunidad Europea”, en AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Madrid, Fundación BBV Documenta, 1994, p. 96: “Por eso creo que, a pesar de que en cada Estado hay una legislación diferente, los principios básicos de la

situación en dos contextos: uno relacionado con el análisis y conservación de las muestras biológicas, que es donde más podrían producirse manipulaciones del material genético para usos distintos a la identificación, y el segundo, relacionado con el registro del perfil genético.

En lo que concierne a la manipulación de las muestras biológicas, las bases de datos universales permitirían su destrucción tan pronto se realice el examen genético comparativo con la base de datos de ADN. Pero aun así existen objeciones a estas prácticas. La primera es que la toma de muestras biológicas es una injerencia de la integridad física y podría interferir con el derecho a controlar su propio cuerpo sin el consentimiento de la persona afectada.

Sobre esta situación hemos manifestado en distintas partes del presente estudio que la toma de muestras biológicas es mínima y proporcional a los fines de identificación que tienen los Estados, por lo que no supone una invasión que nos permita concluir que puede incidir en la libertad y en el principio del consentimiento⁴¹⁰ establecido en la Declaración del Genoma Humano, pues este principio no es absoluto sino relativo, por lo que en determinadas situaciones, y

bioética se aplicarán de igual manera en la CE como un valor cultural común y esto es de una importancia considerable para la construcción de Europa si tenemos en cuenta que a finales del siglo más del 80% de las normas generales estarán inspiradas en el Derecho Comunitario”.

⁴¹⁰ El artículo 5.b) de La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Fundamentales, establece que: “En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado”.

haciendo una ponderación adecuada, los Estados pueden reducir el ámbito de autonomía de sus ciudadanos⁴¹¹.

La otra situación relacionada con los principios bioéticos es la gran cantidad de información personal que puede ser tomada de la muestra biológica para fines distintos a la identificación de las personas. Esta situación atañe a una posible violación al principio de consentimiento, pues aun siendo limitado por el Estado en un esquema de almacenamiento de perfiles genéticos de todos sus ciudadanos, debe ser regulado, como analizaremos posteriormente, en un sistema de consecuencias administrativas y penales.

En especial, en estos casos se deben garantizar conjuntamente la confidencialidad de los datos y el respeto del derecho a la privacidad. En principio este aspecto no aplicaría a la información genética extraída para la generación del perfil genético a ser insertado en el sistema. Ello, porque en este proceso se utilizarían inicialmente los segmentos no codificantes del ADN, además de la destrucción de la muestra biológica una vez realizada la prueba. En estos casos el consentimiento y la finalidad para la cual es almacenada la información genética se constituyen en otro esquema de protección⁴¹² para evitar el mal uso de la misma.

En ese orden de ideas, las personas no deberían permitir el uso de su información genética para otros fines distintos a los meramente identificativos; además, la

⁴¹¹ Por su parte, el artículo 9.º de La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Fundamentales, establece que: “Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

⁴¹² Cfr. Mathieu, Bertrand. *La Bioéthique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 56: “Le consentement est également une technique de protection”.

destrucción de la muestra biológica evitaría que empleadores y aseguradoras intenten acceder a la base de datos⁴¹³, de forma que un modelo universal permitiría implementar esta política conservando la huella genética solo para uso del tribunal, y destruyéndola tan pronto finaliza el proceso penal en el que el afectado tendría derecho al peritaje.

El otro riesgo bioético está relacionado con la inserción o registro del perfil genético en la base de datos de ADN. En estos casos el tema no es realizar exámenes genéticos con fines distintos a la identificación, sino el carácter discriminatorio⁴¹⁴ o publicitario⁴¹⁵ que podrían tener los datos contenidos en la base de datos en perjuicio de sus propietarios. Este es uno de los argumentos que justifica la creación de una base de datos universal en la que nadie se podrá sentir discriminado porque todas las personas estarán identificadas. A la vez, un modelo de esta magnitud obligará a los Estados a tener mayores salvaguardas buscando equidad en el manejo de los datos.

Pese a lo anterior, nuestra visión de la bioética estaría más inclinada al autocontrol, y a la redacción de protocolos autónomos no vinculantes para las personas que

⁴¹³ Sobre este particular, Kaye, David. “Bioethical objections to DNA Databases for law enforcement: Question and answers”, 31 *Seton Hall L.Rev.* 936, 2000-2001, p. 944, establece que los administradores de las bases de datos de ADN sugieren la retención de las muestras biológicas para fines de control de calidad, sin embargo, esta política debería desaparecer con los años debido a los nuevos métodos de extracción de perfiles genéticos.

⁴¹⁴ Artículo 6.º de la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Fundamentales: “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”.

⁴¹⁵ Artículo 7.º de la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Fundamentales: “Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

utilicen las bases de datos, de forma que posean sus propios modos de regulación en lo que se ha denominado el *soft law*⁴¹⁶. Esta situación se debe a que la tecnología y las ciencias avanzan a mayor velocidad que la regulación jurídica, y por ello toman relevancia el autocontrol y la autorregulación de los encargados del proceso de almacenamiento de información genética, de forma que actúen con prudencia en el manejo de los datos genéticos⁴¹⁷.

Finalmente, un buen sistema de salvaguardas para el uso correcto de las bases de datos de ADN tendría un sistema de consecuencias jurídicas adecuadas. Este sistema sería dual, es decir, se aplicarían sanciones administrativas⁴¹⁸ para prevenir que las personas responsables impidan a los propietarios del perfil genético sus derechos a rectificación y cancelación de datos, y, además, que no publiciten la información a terceros. Así también, el derecho penal jugaría su rol para evitar el mal uso de la información genética⁴¹⁹, principalmente, por la necesidad de

⁴¹⁶ Cfr. Mathieu, Bertrand. *La Bioéthique*, cit., p. 9.

⁴¹⁷ Vale la pena citar el artículo 13 de la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Fundamentales, el cual establece que: “Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto”.

⁴¹⁸ En Estados Unidos las multas por revelar datos contenidos en los sistemas informáticos ascienden a no menos de US\$250.000. Disponible en [www.fbi.org], consultada el 1.º de noviembre de 2015.

⁴¹⁹ En España el desarrollo de las nuevas tecnologías obligó a incorporar en la reforma al Código Penal de 1995 un nuevo delito que castiga a quien “... sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero” (art. 197.2). Además, el artículo 197.5 agrava la pena

transferencia de datos. Este sistema de sanciones no es el objeto del presente estudio por lo que no nos detendremos en su análisis.

6.3. Control social e igualdad

Este último argumento sería esencial para legitimar el almacenamiento de la información genética de manera universal. En ese orden de ideas, el control social se presenta como una de las finalidades principales de las potestades estatales para la reducción de las tasas de delincuencia y para el esclarecimiento efectivo de los delitos. Sin embargo, tal control, en lo que concierne a las bases de datos, no se legitima si parte de esquemas poblacionales en los que primen criterios de desigualdad en la conformación de estos registros informáticos. Igualdad distinta a los efectos discriminatorios que producen las bases de datos de ADN compuestas en sus mayorías por minorías raciales y personas del género masculino según pudimos observar en las estadísticas analizadas en el presente capítulo.

Esta desigualdad también se refleja en la forma en que se han estructurado poblacionalmente las bases de datos. En ese orden de ideas, hay criterios de desigualdad en los modelos restrictivo y expansivo para el caso específico de los arrestados o sospechosos imputados. Ello se debe a la falta de racionalidad con la que fueron concebidas estas legislaciones, limitándose a asegurar un sistema de responsabilidad socialmente convincente⁴²⁰. La irracionalidad trae como

resultante cuando "... los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados". Es importante resaltar que estos artículos se refieren al manejo de datos y no de la muestra biológica, sin embargo, este no es el objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

⁴²⁰ Analiza la racionalidad legislativa Díez Ripollés, José Luís. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 106, afirmando que: "La racionalidad legislativa no se agota en

consecuencia la producción de desigualdad en el sistema de justicia penal, teniendo un efecto directo en la efectividad del control social debido a que los grupos poblacionales a los que se les registra el perfil genético son muy limitados.

En lo que concierne al modelo restrictivo, las personas condenadas a las que se les puede insertar en la base de datos su perfil genético varían de una nación a otra, llegando algunos países a registrar el perfil genético por la comisión de delitos que aparejan la pena de un año, como es el caso de Alemania, y en otros Estados la política procede para delitos graves como en el caso de España. Si analizamos la situación podemos arribar a una primera conclusión: estaríamos interponiendo una misma consecuencia accesoria a la comisión de un delito por situaciones distintas, incrementando de esta forma la desigualdad en el sistema de justicia penal.

Adicionalmente, la duración en los sistemas informáticos podría ser distinta en lo que concierne a las clases de delitos, tomando algunos de ellos, como periodo de conservación de la información genética, la cancelación de antecedentes penales, otros la prescripción y algunos más la conservación de manera indefinida. Esta situación denota una segunda situación de desigualdad entre ellos y consideramos que el sistema jurídico no debería actuar o solucionar los casos de esta manera.

En ese orden de ideas, la legislación española de Bases de Datos Policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN insta dos criterios distintos para la duración de los perfiles genéticos en sus registros: el artículo 9.º establece que la conservación no debe superar el tiempo señalado para la prescripción del delito en el caso de los sospechosos no imputados y, asumimos, aunque la ley no lo

el aseguramiento de un sistema de responsabilidad socialmente convincente, debiendo atender igualmente, cuando menos, a una correcta determinación de los objetos de tutela y del sistema de sanciones”.

específica, los perfiles dubitados extraídos de escenas del delito; en segundo lugar, el tiempo señalado para la cancelación de antecedentes penales, si se ha dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad.

El criterio de conservación de información genética es similar para las personas que atentan contra el patrimonio (aun con violencia), para los delincuentes sexuales o para individuos que atentan contra la vida. Esto rompería la concepción básica del derecho penal en las consecuencias accesorias del delito sobre la proporcionalidad porque estaríamos imponiendo medidas similares a casos delictivos bien diferenciados.

La anterior situación podría incrementar la teoría del *labelling* (etiquetamiento)⁴²¹, según la cual el sistema etiqueta en registros públicos a las personas que considera descarriadas y las trata de forma distinta al resto de la población durante su permanencia en dichos registros. Una de las consecuencias negativas de la política del *labelling* es la hostilidad que desarrollan en contra de la policía las personas sometidas a los procedimientos de registro, lo que llevaría a incrementar los comportamientos desviados⁴²², siendo el sistema de base de datos de ADN un catalizador de conductas delictivas en vez de un *enforcement* en el cumplimiento de la ley. Esto podría provocar un círculo vicioso en el que las mismas personas

⁴²¹ Cfr. Becker, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, New York, The Free Press., 1963, p. 31: “Uno de los pasos más cruciales en el propósito de crear parámetros para la comprobación de comportamiento desviado es la experiencia de haber sido capturado por las autoridades y registrado públicamente como un desviado”.

⁴²² Cfr., por todos, Farrington, David. “The effects of public labelling”, 17 *Brit. J. Criminol.*, 112, 1977, quien analiza a profundidad este y otros efectos, y en especial, el reagrupamiento de personas que se encuentren etiquetadas por el sistema de justicia penal, lo que incrementaría aún más los comportamientos desviados.

registradas serían las que volverían a reincidir debido al sector poblacional mínimo que contienen estos bancos de datos.

Estas consecuencias accesorias al delito consistente en la conservación del perfil genético, crearían de manera especulativa y prejuiciosa un peligroso habitual⁴²³: una persona a controlar. Este control sería en muchos casos selectivo y, por ende, podría ser el inicio de una sociedad totalitaria en la que el control de los riesgos⁴²⁴ permitiría, en aras de la seguridad, vulnerar o mermar las garantías constitucionales que se podrían derivar de la persona que tiene registrado su perfil genético en la base de datos.

Otro argumento sobre la desigualdad creada por el modelo restrictivo es que aunque la información en la base de datos se encuentra limitada a datos de

⁴²³ Como bien lo afirma Freund, George. “Peligros y peligrosidades en derecho penal y en el derecho de las medidas de seguridad. Contra la parcialidad en el pensamiento y en la actuación”, en Landa, Jon-M (Ed.) y Garro Carrera, Enara (Coord.). *Delincuentes peligrosos*, Madrid, Trotta, 2014, p. 41, analizando el caso de la custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, que hasta cierto punto se podría asimilar al control a que se somete una persona con las bases de datos de ADN, esta situación hace caer al operador jurídico en prejuicios y especulaciones para determinar la peligrosidad criminal, pues “Su imposición –anticipada a la necesidad– o incluso tan solo su reserva ya en la sentencia penal no aportan ventaja alguna en el aspecto crucial, a saber, el ciertamente complejo asunto del pronóstico. Debe apuntarse además la importante desventaja de que una decisión definitiva en relación con la imposición de una medida de seguridad, a adoptar en todo caso con posterioridad (a menudo sintiéndolo en el alma), está hipotecada por, en toda la extensión de la palabra, un pre-juicio”.

⁴²⁴ Como pone de relieve, Garland, David. *La Cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 288: “La práctica de la rehabilitación se inscribe cada vez más en un marco del riesgo más que un marco del *welfare*. Los delincuentes sólo pueden ser tratados (en programas sobre el abuso de drogas, grupos para el control de la hostilidad, programas de reducción del delito, etcétera) siempre y cuando sirva para proteger al público y reducir *el riesgo* y que sea capaz de reducir los costos involucrados en mayor medida que el castigo puro y simple. La rehabilitación se presenta entonces como una intervención focalizada que inculca el autocontrol, reduce el peligro e intensifica la seguridad pública. En el nuevo marco se considera la rehabilitación como un medio para manejar *el riesgo*, no como un fin welfarista en sí mismo”.

identificación como son los reveladores de la identidad y el sexo de las personas que delinquen, la misma, unida a otras informaciones en poder del Estado, podría ser el inicio real de una sociedad altamente vigilada. En esta sociedad, y como ocurre habitualmente en el sistema de justicia penal, la mayoría de la información registrada por el Estado proviene generalmente del estrato social económicamente bajo⁴²⁵, lo que incrementaría el trato desigual de las personas.

Este tratamiento desigual hace necesario descartar como modelo de almacenamiento de información genética el restrictivo, en sus dos vertientes: propio e impropio. Principalmente, porque el sistema jurídico no puede fomentar los efectos desiguales sobre los habitantes de un país determinado mediante leyes irracionales.

En lo que concierne a las personas arrestadas o sospechosas no imputadas, su desigualdad en relación con otros miembros de la sociedad sería en dos sentidos: al no haber sido condenadas se les estarían violentando sus derechos fundamentales, en especial, la presunción de inocencia; y en segundo lugar, sería un trato discriminatorio en relación con las personas que nunca han sido sometidas a la acción de la justicia o que habiendo sido enjuiciadas quedaron absueltas de responsabilidad penal.

En ese orden de ideas, compartimos a plenitud el argumento jurídico establecido en la Sentencia del caso *S. y Marper contra*. Reino Unido del 4 de diciembre de 2008:

[...] 122. Particularmente preocupante en este caso, es el riesgo de estigmatización, que se deriva del hecho de que las personas en la situación de los demandantes, que no han

⁴²⁵ Un trabajo muy interesante en esta línea, sobre los sistemas de vigilancia en las clases de escasos ingresos y sus efectos nocivos discriminatorios y desiguales, es el de O’neill, Megan y Loftus, Betham. “Policing and the surveillance of the Marginal: Everyday contexts of social control”, *Theoretical Criminology*, 17(4) 437-454, 2013.

sido reconocidos culpables de ninguna infracción y tienen derecho a beneficiarse de la presunción de inocencia, sean tratados de la misma manera que los condenados.

En esta clase de modelos, en los que como pudimos analizar en el caso *Maryland vs. King* la finalidad es hacer más eficaces las bases de datos de ADN en el esclarecimiento de futuros delitos, y tener efectos disuasivos sobre las personas, escudados en el derecho que tienen los Estados a tener identificados a sus ciudadanos, se lesionan gravemente los derechos fundamentales. Esta situación provoca que no estemos de acuerdo con un sistema de estas características.

Por esos motivos, somos de opinión que el mejor sistema de almacenamiento de información genética es el universal, pues una legislación de estas características evitaría los efectos discriminatorios y de inequidad en el uso de las bases de datos de ADN, debido a que todas las personas tendrían un trato igualitario al momento de realizarse las investigaciones penales. Este trato igualitario surge desde el momento en que se elabora la ley avalada por el proceso político en el que se incorporan las libertades ciudadanas y se respetan los derechos fundamentales⁴²⁶.

En este esquema de almacenamiento de información genética los límites al mal uso estarían avalados por los mismos criterios de respeto a los derechos fundamentales, es decir, la intimidad genética, la privacidad y la presunción de inocencia de cada

⁴²⁶ En ese orden de ideas, Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, 2.^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, p. 189: “A esta altura es necesario distinguir dos problemas. Idealmente una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo. El procedimiento sería el proceso político regido por la Constitución, el resultado de la legislación promulgada, mientras que los principios de justicia definirían un criterio independiente, tanto para el procedimiento como para el resultado. En la prosecución de este ideal de justicia procesal perfecta, el primer problema es idear un procedimiento justo. Para hacerlo las libertades de una ciudadanía igual tienen que ser incorporadas y protegidas por la constitución. Estas libertades incluyen la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal y la igualdad de los derechos políticos. El sistema político, que supongo sería alguna forma de democracia constitucional, no sería un procedimiento justo de no incorporar libertades”.

miembro de la sociedad. Estos derechos deberían ser ponderados en la creación de la ley para lo cual es del todo racional el procedimiento empleado, atendiendo incluso a criterios ajenos al sistema jurídico como son los éticos fundados en el principio democrático⁴²⁷⁻⁴²⁸.

Un Parlamento democráticamente elegido tendría más legitimidad jurídica y competencia que un miembro del poder judicial para determinar si la injerencia autorizada por la legislación es racional. El Parlamento tendría mayor interés en respetar los derechos fundamentales y realizaría una ponderación más aceptable democráticamente que la de un juez.

⁴²⁷ Tomando como punto de partida las tesis de Habermas, Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, cit., p. 112, anota: “Resulta de interés destacar que, para este autor, el principio democrático, variante del principio discursivo para las normas de acción jurídica, y que es el instrumento con el que se desenvuelve el sistema de derechos, utiliza, entre otras razones, argumentos de naturaleza ética, a través de los cuales se pretende atender a la auto comprensión de la sociedad, a sus valores y formas de vida más arraigada. Del mismo modo, entre los discursos que va a posibilitar el Estado de Derecho mediante el establecimiento de un modelo racional de formación de voluntad política se encuentran los discursos éticos, en los que los valores o intereses concurrentes se confrontarán con las auto comprensiones de nuestra vida colectiva”.

⁴²⁸ En contra de esta posición, Sasser Peterson, Rebecca. “DNA Databases: When fear goes too far”, *37 Am. Crim. L. Rev.* 1219 2000, pp. 1236 y ss.: “Como una democracia, nuestro gobierno fundamenta su poder y legitimidad en la relación con sus ciudadanos. Este delicado balance es descrito como una relación de confianza entre el gobierno y sus ciudadanos: el gobierno cree que sus ciudadanos actúan acordes al derecho, y los ciudadanos creen que el gobierno garantiza una zona de privacidad en la cual no puede interferir. El gobierno podría interferir en la privacidad de sus ciudadanos cuando estos han perdido la confianza de ejercer su libertad con responsabilidad. Permitir que el gobierno mantenga una base de datos con toda la información genética de todos sus ciudadanos crea una situación en la que el gobierno conoce más de lo permitido acerca de estos. Aun en el caso de que la información se encuentre limitada a identificar a la persona, existe un peligro inherente acerca de nuestra propia percepción como sociedad libre y autónoma, por lo que debemos oponernos vigorosamente a la expansión de un Estado preventivo, representado en la creación de una base de datos universal”.

La ponderación a realizar sería entre distintos derechos fundamentales como la privacidad, la intimidad genética, la protección de datos personales, la presunción de inocencia contra la igualdad jurídica, y la potestad del Estado al derecho a la seguridad. En esa ponderación no se trata de excluir derechos o limitarlos, sino de, equitativamente, y *poniendo al mismo nivel los derechos*⁴²⁹, decidir la situación mediante la discusión y votación parlamentaria.

El proceso político democrático tomará en consideración al momento de elaborar cualquier legislación el rol de los otros poderes del Estado en el manejo de las bases de datos de ADN. En ese sentido, el Parlamento considerará las funciones de los organismos de control y el sistema de salvaguardas que permitirán evitar el mal uso de la información genética, concretizando de esa manera un sistema igualitario para todos los miembros de la sociedad, avalado por un juez que decidirá en cada caso una ponderación adicional a la realizada en el proceso legislativo⁴³⁰.

⁴²⁹ Una explicación correcta sobre el principio de proporcionalidad en Bernal, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 616: “El principio de proporcionalidad presupone tomar en cuenta las dos disposiciones en su sentido jurídico. En el caso de las leyes de intervención en los derechos fundamentales, las colisiones se producen cuando la medida con la que el legislador interviene en un derecho está exigida jurídicamente por otro derecho fundamental o por otro bien constitucional, o simplemente porque se perfila como un medio idóneo para conseguir un fin que el legislador ha considerado de interés comunitario, en ejercicio de su competencia de configuración política”.

⁴³⁰ Cfr. Bernal, Carlos. *El Derecho de los Derechos*, 4.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 335: “Es de este modo que la democracia se estructura en torno a un proceso legislativo, seguido de procesos de ejecución y aplicación de las leyes por parte de la administración y la jurisdicción, en los cuales los individuos intercambian argumentos, pretensiones y evidencias para la defensa de los intereses propios. En este esquema, entonces, lo debido en general, y el derecho en particular, no dependen de un único concepto de justicia material, impuesto por la visión de la autoridad, sino del diálogo entre interlocutores que exponen sus cosmovisiones y sus necesidades, mediante procedimientos que los incluyen y les ofrecen la garantía de poder expresarse sin cortapisas que aquellas que se derivan del respeto a los derechos de los demás. El principio estructural de la democracia no es un principio material,

En fin, estas salvaguardas permitirán un uso adecuado de la información genética por los organismos de control. Este sistema de control social es acorde con los derechos fundamentales, en especial la valoración del juez⁴³¹ al momento de autorizar y controlar el uso de la base de datos, garantizando que la policía esté buscando la identidad de una persona vinculada a un delito. Por ende, de existir un cruce exitoso, autorizar que se entregue la identificación de la persona asociada a los datos disociados en el sistema informático correspondientes al perfil genético. La orden judicial garantizaría que la policía está buscando la identidad para un fin legítimo y no para acosar a un ciudadano.

7. Conclusiones

1. La conservación estatal de un perfil genético puede ser predelictual o posdelictual, dependiendo de la causa que motiva su inserción en una base de datos. El almacenamiento es predelictual cuando las autoridades estatales deciden administrativamente la inserción de información genética en una plataforma informática sin un juicio previo. Por el contrario, el almacenamiento posdelictual es una medida jurídico-penal de control, como consecuencia jurídica de la comisión de un delito, impuesta por una sentencia judicial, sin importar la culpabilidad o no de la persona afectada.

ni el reconocimiento de una única competencia universal a un soberano, sino el principio del discurso”.

⁴³¹ Con argumentos adicionales, Monteleoni, Paul M. “DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment”, 82 *N.Y.U. L. Rev.* 247 2007, pp. 247 y 269, fundamenta su teoría en una excepción universal a la autorización judicial para utilizar las bases de datos de ADN sobre criterios igualitarios para todos los miembros de la población, legitimada en el proceso político, y utilizada en la teoría constitucional. Según su argumentación el policía deberá convencer al juez de que está realizando una investigación criminal y que se encuentra buscando evidencias.

2. El proceso expansivo ha tenido consecuencias en la utilización forense del ADN. Así, la reinterpretación y relativización de las garantías constitucionales ha provocado la posibilidad de insertar más perfiles genéticos en una base de datos con finalidades utilitaristas. En ese sentido, en países como el Reino Unido, hasta la sentencia del caso *S y Marper vs. Reino Unido*, la policía tenía la potestad administrativa de conservar la información genética de individuos no condenados y la opción de aplicarla analógicamente a la situación de los detenidos, aunque no formulara cargos en su contra por no estar vinculados con el delito investigado. La situación de Estados Unidos resulta preocupante porque en la sentencia de la Corte Suprema *Marylan vs. King* se avaló la constitucionalidad de esta práctica atendiendo al derecho que tiene el Estado de identificar a las personas investigadas.

3. A los individuos sometidos a la acción de la justicia se les presume inocentes hasta tanto se les demuestre lo contrario en un juicio con todas las garantías constitucionales. Si el Estado no puede demostrar la participación de un individuo en la comisión de un injusto penal, no se legitima para limitar sus derechos fundamentales imponiéndole una medida jurídico-penal como si hubiese sido condenado. La conservación estatal del perfil genético de los detenidos crea inseguridad jurídica y propicia desigualdades en el tratamiento de las personas por el ordenamiento jurídico, pues no existe diferencia entre estos y aquellos que nunca han sido detenidos por la policía.

4. En un futuro la potestad administrativa-policial propiciará la inserción del perfil genético de todos los individuos de un Estado en una base de datos gubernamental con fines de prevención y esclarecimiento del delito. Este fenómeno se legitimará a

través del proceso político de deliberación democrática⁴³² en el que se garantizará el principio de igualdad jurídica, debido a que los modelos restrictivos propios e impropios, así como el caso de los detenidos, tienen efectos discriminatorios, además de violentar el principio de igualdad.

5. El modelo restrictivo de almacenamiento podría ser el inicio de una sociedad orweliana o del control absoluto por parte del Estado, o bien, panóptico, si consideramos el término utilizado por Foucault para definir un Estado policial y de control⁴³³ de sujetos considerados peligrosos. En esta sociedad altamente controlada las garantías constitucionales o libertades individuales estarían limitadas por procedimientos que producirían desigualdad en el trato, aun el de las propias personas condenadas, en especial, la duración del perfil genético registrado en estas bases de datos de ADN y la composición desproporcionada en perjuicio de

⁴³² Analizando la obra de Habermas, en especial sobre los procesos de deliberación democrática, Vallespín, Fernando. “¿Reconciliación a través del derecho? Apostillas a facticidad y validez de Jurgen Habermas”, en Gimbernart, José Antonio (ed.). *La filosofía moral y política de Jurgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, p. 212: “Por todo lo anterior, cabe afirmar que Habermas restringe el ámbito de moralidad única y exclusivamente a las condiciones y presupuestos de la deliberación democrática. Bajo estas restricciones procedimentales se desarrollarían ya los procesos de discusión pública, cualquiera que fuese su naturaleza. Los procesos de deliberación democrática por él propugnados responden a la convicción de que en la política se combinan y entrelazan tres dimensiones de la razón práctica: la dimensión moral, preocupada por la resolución equitativa e imparcial de conflictos interpersonales, que aspira a un reconocimiento universal de lo prescrito; la ética, ocupada de la interpretación de valores culturales e identidades y, por tanto, condicionada en su fuerza prescriptiva por una evaluación contextual; y, por fin, la pragmática, dirigida a la satisfacción instrumental de fines y generalmente marcada por la negociación y el compromiso, siendo aquí la eficacia su principio rector”.

⁴³³ Cfr. Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 117, que el panoptismo “... es uno de los rasgos característicos de nuestra sociedad: una forma que se ejerce sobre los individuos a la manera de vigilancia individual y continua, como control de castigo y recompensa, y como corrección, es decir, como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas. Estos tres aspectos –vigilancia, control y corrección– constituyen una dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder existentes en nuestra sociedad”.

sus ciudadanos, valorando de manera similar las conductas de las personas que han cometido delitos menores con las de quienes han perpetrado conductas graves, si comparamos los distintos criterios para su composición. Además, las bases de datos de personas condenadas tendrían un grupo definido de perfiles que podrían ser detectados, produciendo un círculo vicioso en los cruces de datos exitosos y siendo subutilizada al aprehender siempre las mismas personas.

6. Por su parte, el modelo voluntario supone un consentimiento expreso por parte de la persona que cede su perfil genético. Este modelo debería ser aplicado al sospechoso imputado porque en el estado actual de la legislación española se permite la conservación de su perfil genético por parte del Estado hasta un periodo similar a la prescripción del delito investigado. Situación a todas luces desproporcionada, y por ende inconstitucional, porque violenta el principio de la presunción de inocencia, según lo determinó la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *S y Marper vs. Reino Unido*.

7. En nuestra opinión, hoy en día el modelo universal de almacenamiento de datos genéticos pasaría el filtro constitucional, debido a las mínimas intromisiones en los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esta forma de conservación de la información genética el derecho a la protección de datos, a la intimidad y a la privacidad, quedaría protegido mediante el proceso político y la adopción de salvaguardas, incluyendo el control judicial. En ese sentido, el consentimiento en materia de información genética podría ser limitado por el aparato estatal atendiendo a la utilidad por parte de las administraciones públicas y para diversos usos.

8. Sin embargo, la implantación de este modelo universal expansivo puede llevar mucho tiempo. Pero no hay duda de que es la tendencia, pues hemos pasado de un

esquema de almacenamiento de los datos genéticos de las personas condenadas por delitos graves, al de los sospechosos no imputados, por lo que el fenómeno de las Bases de Datos de ADN debe ser regulado adecuadamente para evitar violaciones a los derechos fundamentales.

9. La información genética es íntima y privada, y, por ende, inherente al individuo; así, la limitación de los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de derecho debe tener unas finalidades determinadas, y siempre que exista una razón justificada que permita practicar una medida restrictiva de las libertades individuales. En ese orden de ideas, esta ponderación debe ser realizada con distintos criterios y tomando en consideración el principio de igualdad en una sociedad democrática, por lo que consideramos que el modelo universal es el único que garantiza dicha ponderación.

10. Con la comisión de un delito el Estado se legitima para limitar las libertades individuales a la autodeterminación informativa, la privacidad e intimidad, lo que permite apreciar que en ciertas circunstancias puede actuar de determinada manera (indicio de peligrosidad criminal). Las finalidades de estas medidas jurídico-penales son preventivas especiales con características intimidatorias por estar dirigidas al delincuente. En la imposición de estas medidas no se debe tomar en consideración la categoría de la culpabilidad, pues ellas no ven al pasado, sino que se realizan sobre un juicio de pronóstico basado en la posible reiteración delictiva del infractor.

Conclusiones generales

1. El ADN posee características identificadoras y discriminatorias de las personas. Esta capacidad ha permitido esclarecer delitos que venían siendo investigados durante muchos años y a la vez liberar personas que se encontraban cumpliendo sentencias injustamente impuestas. La prueba genética es una herramienta eficaz en el esclarecimiento y prevención de los delitos. Ello ha propiciado el almacenamiento de información genética en bases de datos para ser utilizada por los organismos estatales en la investigación de infracciones penales.
2. En el plano internacional, y particularmente a escala europea, los Estados han realizado esfuerzos para implementar una plataforma informática que permita canjear datos genéticos con el fin de esclarecer delitos y homogeneizar sus legislaciones en la facilitación de estos intercambios. A esos fines se han firmado, por una parte, “el Convenio del 27 de mayo de 2005, relativo a la profundización transfronteriza, específicamente en materia de ‘lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal’ (Tratado de Prüm)”, ratificado en España el 18 de julio de 2006, y por otra, el “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, del 25 de octubre de 2007 y ratificado en España el 22 de julio de 2010. Estos convenios introdujeron modificaciones al Código Penal y al sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

3. En el aspecto procesal, la prueba del ADN tiene una naturaleza *sui generis* y su ubicación sistemática varía dependiendo de si es realizada a un individuo o a un resto biológico recogido en la escena del crimen. En el primer caso su ubicación sistemática es híbrida, pues inicialmente es necesario realizar una intervención corporal leve a un individuo para obtener una muestra biológica y a continuación elaborar una pericia en un laboratorio forense con el fin de extraer el perfil genético. Por su parte, el análisis genético de un vestigio biológico es una diligencia de investigación con características periciales.

4. La prueba genética no presenta inconvenientes en cuanto a posibles vulneraciones a los derechos fundamentales. La mínima intervención utilizada en estos procedimientos, y su uso con fines de identificación en una investigación, hace que se cumplan a cabalidad los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Principalmente, por la idoneidad de este medio probatorio en la identificación y discriminación de responsables penales.

5. La fase procesal de la prueba genética debe distinguirse del almacenamiento del perfil en las bases de datos, lo cual fue el objeto del presente estudio, por cuanto en la primera la finalidad es identificar a un presunto responsable, o descartar un sospechoso, agotándose la medida de investigación en la fase del juicio oral. En cambio, el registro de información genética en bases de datos policiales se realiza con el fin de que pueda ser utilizado en investigaciones futuras y, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, con finalidades de prevención especial negativa.

6. En España existen tres legislaciones que contemplan la conservación de información genética: la LO 10/2007 del 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; el artículo 129 bis del Código Penal, y la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia.

7. El artículo 129 bis del Código Penal ha ubicado sistemáticamente la conservación del ADN en las consecuencias accesorias del delito. El registro del perfil genético tiene una naturaleza jurídica de medida de control administrativa policial, cuya finalidad es reforzar (*enforcement*) en las personas condenadas por incumplimiento de la ley el mensaje implícito de que si reinciden en sus actividades delictivas serán aprehendidas e identificadas rápidamente por el Estado. Es tan marcada su naturaleza administrativa que al momento de la imposición el juez debe tomar en consideración situaciones ajenas al Derecho penal, entre ellas: *las circunstancias del hecho, los antecedentes, la evaluación de la personalidad, o cualquier otra información disponible que pueda valorarse y que demuestre que existe un peligro relevante de reiteración delictiva.*

8. Por su parte, la Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación al sistema de protección de la infancia y la adolescencia, ha ordenado la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS), el cual se forma con los datos relativos a la identidad y el perfil genético de las personas condenadas por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, en los que se incluyen la agresión y el abuso sexual, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de

menores. En esta legislación el registro del perfil genético constituye un segundo reforzamiento (*reenforcement*) de cumplimiento de la ley, dirigido a advertir a las personas inscritas en el RCDS, y condenadas por delitos de naturaleza sexual, acerca de la situación de impedimento laboral en actividades relacionadas con menores de edad, y de la posibilidad de ser aprehendidos con facilidad si deciden reiterar su conducta delictiva.

9. Los registros de ADN insertados en las bases de datos policiales, al igual que los incorporados al RCDS, se inscriben en el fenómeno denominado “*administrativización del derecho penal*”. Un fenómeno que también tiene su incidencia en las consecuencias jurídicas de los actos delictivos, donde lo importante es controlar a las personas que presentan un alto riesgo de delinquir o de reincidir en la conducta delictiva. En este tipo de Derecho se intenta gestionar-administrar el riesgo de reincidencia mediante los registros de información genética como mecanismos de control que inciden en la disuasión.

10. La conservación de datos genéticos en bases de datos policiales y judiciales tiene un alto potencial de disuasión en la conducta delictiva. Como medida administrativa de control policial, el registro estatal de ADN incrementa la probabilidad de aprehensión de los delincuentes, teniendo un efecto directo en la elección racional de delinquir, convirtiéndose en un costo o efecto negativo que el delincuente debe considerar al momento de tomar su decisión.

11. Dependiendo de la causa que motiva el registro, la potestad estatal de conservar perfiles genéticos puede ser predelictual o posdelictual. El almacenamiento es predelictual cuando las autoridades estatales deciden administrativamente insertar la información genética en una plataforma informática sin necesidad de formular cargos judiciales en contra de la persona que resulte afectada. En cambio, el almacenamiento posdelictual es una medida jurídico-penal de control impuesta por una sentencia judicial como consecuencia jurídica accesoria de la comisión de un delito, sin importar la culpabilidad o no de la persona afectada.

12. A los fines del presente estudio los modelos de almacenamiento genético han sido sistematizados en restrictivos y expansivos. Los restrictivos son producto de una sentencia judicial. En cambio, en los expansivos no hay una sentencia que imponga la obligación de recolectar el perfil genético, sino que se trata de medidas administrativas pertenecientes a la potestad policial de los Estados.

13. Los modelos restrictivos se dividen en propios e impropios. El modelo restrictivo propio es aquel en el cual el registro del perfil genético es una consecuencia accesoria del delito. Por su parte, en el modelo restrictivo impropio se ordena el registro de información genética de manera retroactiva para aquellas personas que se encuentran cumpliendo condena o disfrutando de beneficios penitenciarios, y para las cuales, al momento de la sentencia condenatoria, no existía la legislación sobre el ADN. Sobre esta última categoría analizamos que su naturaleza es administrativa y su imposición no violenta el principio de irretroactividad. Pese a ello, por la persona afectada

haber sido condenada por la comisión de un delito la ubicamos en los modelos restrictivos.

14. El modelo expansivo puede ser clasificado en voluntario y universal. Se habla de modelo expansivo voluntario cuando una persona consiente libremente en ceder su perfil genético para ser insertado en la base de datos sin tener una obligación legal para ello. Por su parte, en el modelo expansivo universal se toma una medida administrativa de conservación de los perfiles genéticos de todos los individuos de un país o región determinada.

15. En sus inicios a finales de la década de 1980, en Estados Unidos y el Reino Unido la información genética insertada en estos sistemas informáticos pertenecía a individuos condenados por infracciones graves. Actualmente distintas legislaciones han permitido también el registro de perfiles genéticos de personas detenidas policialmente. En ese sentido, los Estados han promulgado legislaciones que permiten el registro del perfil genético de las personas detenidas policialmente, a las cuales no les han sido formulados cargos judiciales o, incluso, a aquellas que han sido eximidas de responsabilidad penal. En España, al igual que en Estados Unidos, se permite el registro del perfil genético de las personas que han sido detenidas policialmente, a las cuales se les denomina sospechosas no imputadas, pudiendo el Estado retenerlo por un periodo similar a la prescripción del delito investigado. En Estados Unidos resulta preocupante esta situación, puesto que en la sentencia de la Corte Suprema *Maryland vs. King* se avaló la constitucionalidad de esta práctica atendiendo al derecho que tiene el Estado de identificar a las personas investigadas.

16. La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *S. y Marper vs. Reino Unido*, rechazó el almacenamiento de información genética de las personas eximidas de responsabilidad penal, medida que ha sido aplicada análogamente a las personas detenidas policialmente en el Reino Unido. La Corte avaló su decisión argumentando que una medida de esa naturaleza violentaría el artículo 8.º de la Convención Europea de Derechos Humanos, en especial, la presunción de inocencia.

17. La conservación estatal del perfil genético de los sospechosos no imputados crea inseguridad jurídica y propicia desigualdades en el tratamiento jurídico de las personas, las cuales se ven afectadas por medidas jurídico-penales sin haber sido condenadas judicialmente, violentando así el principio de igualdad.

18. Los modelos restrictivos de almacenamiento generan desigualdad en el trato, aun en el de las propias personas condenadas, en especial por el tiempo que dura en estas bases de datos de ADN el perfil genético registrado, y por la disposición tomada en perjuicio de estos ciudadanos, al valorar de manera similar las conductas de aquellas personas que han cometido delitos menores con las de quienes han sido imputados por delitos graves, si comparamos los distintos criterios para su composición. Además, en países como Estados Unidos estas bases de datos pueden tener efectos discriminatorios en razón del género y de las minorías raciales. Adicionalmente, su uso quedaría limitado a situaciones de reincidencia, pudiendo producir estigmatización para las personas afectadas.

19. En nuestra opinión el modelo universal de almacenamiento de datos genéticos resulta ser el más equitativo de todos los sistemas analizados. En esta forma de conservación de la información genética los derechos a la protección de datos, a la intimidad genética y a la privacidad quedarían protegidos por el proceso político de ponderación democrática en sede parlamentaria, y mediante la adopción de salvaguardas, incluyendo el control judicial. En ese sentido, el consentimiento en materia de información genética podría quedar limitado por el aparato estatal, atendiendo a la utilidad que le otorguen las administraciones públicas y según sus diversos usos.

20. No obstante, es imposible desarrollar a corto plazo la configuración de un modelo universal. En ese orden de ideas consideramos oportuno señalar que mientras esto no sea viable es preferible acudir al modelo restrictivo en sentido general, en el cual, mediante el proceso democrático, el legislador elige las personas condenadas sobre las que recaerá la medida. Así, también, estas bases de datos se podrían conformar con el registro de las personas que voluntariamente deseen ceder su perfil genético con todas las garantías de un consentimiento informado. Sin embargo, no compartimos el almacenamiento de información genética de los detenidos, o como se les denomina en España, sospechosos no imputados, puesto que violenta el principio de igualdad en una sociedad democrática, por lo que creemos que a largo plazo el modelo universal es el único que garantiza dicha ponderación.

Bibliografía

AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, t. I, Madrid, 1994.

AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, t. II, Madrid, 1994.

AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, t. III, Madrid, 1994.

AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, t. IV, Madrid, 1994.

Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Ackerman, Bruce. *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Albrecht, Peter-Alexis. “The forgotten freedom. September 11 as a challenge for European legal principles”, *Berliner Wissenschafts-Verlag*, 2003.

Álvarez Hernando, Javier y Carruzo Barahona, Víctor. *Practicum. Protección de Datos, 2015*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Álvarez de Neyra Kappler, Susana. “El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores”, Parte I, *Rev. Der Gen H.*, 34/2011.

Allison, Puri, “An International DNA Database: Balancing Hope, Privacy, and Scientific Error”, *Boston College Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 24, 2000-2001.

Alonso, Antonio. *Nuevas técnicas de investigación del delito: intervenciones corporales y ADN*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, CEJ, 21-23 de junio de 2004.

Alonso, Antonio. “Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal”, en *Genética y Derecho*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2001.

Amelung, Knut. “Constitución y proceso penal en Alemania”, en Ambos, Kai y Montealegre Lynett, Eduardo (coord.). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia”, 2005.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Justicia Penal. Derechos y garantías*, Lima y Bogotá, Palestra-Temis, 2007

Aparicio Salom, Javier. *Estudio sobre la protección de datos*, Navarra, Thompson Reuters, Aranzadi, 2013.

Arledge, Rhea S. “Capital Perspective”, *40-JUN Prosecutor* 43.

Ascencio Mellado, José Antonio. *Prueba Prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.

Ashworth, Andrew, “Human Rights: Fingerprints and DNA samples from unconvicted persons retained”, *Criminal Law Review*, 2009, 5.

Athens Marika y Rower Allysa, “Alaska’s DNA Database: The Statute, its problems, and proposed solutions”, en 20 Alaska L. R 389 (2003).

Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de razonable”, *DOXA 4, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, José Luis Depalma, 1999.

Baeta, Miriam y Martínez-Jarreta, Begoña. “Situación actual de las bases de datos de ADN en el ámbito forense: nuevos avances, nuevas necesidades jurídicas”, *Rev. Der. Gen. H.*, 31/2009, p. 168.

Bauman, Zygmunt. “Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores”, Paidós, Madrid, 2008.

Becker, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, New York, The Free Press, 1963.

Beermann, Jack. *Inside Administrative Law. What Matters and Why*, Wolters Kluwer, Law & Business.

- Bennet, Natalie. “A Privacy Review of DNA Databases”, 4 *ISJLP*, 821, 2008-2009.
- Beristáin, Antonio. *Medidas penales en Derecho Contemporáneo*, Madrid, Reus, 1974.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2005.
- Bernstein, Gaia. “Accommodating Technological Innovation: Identity, Genetic Testing and the Internet”, *Vanderbilt Law Review*, abril de 2004.
- Bessa Fernández, C. et ál. (eds.). *Contornos bélicos del Estado securitario*, Anrhopos, 2010.
- Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal Dominicano*, Instituto de Estudio de las Ciencias Jurídicas, Santo Domingo, República Dominicana, 2007.
- Blakesley, Christopher L. “La Preuve Pénale et des Tests Génétiques: United States Report”, *Am. J. Comp. Law Supp.*, Vol. 46.
- Blizt, Mark, *Texas Law Review*, Vol. 82, No. 6, mayo de 2004.

- Braum, Stefan. “La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario”, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.). *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000.
- Bunce, Sarah L. “United States vs. Kincade. Justifying the Seizure of One's Identity”, *6 Minn. J. L. Sci. & Tech.*, 2005.
- Buquet, Alain, *Manuel de criminalistique moderne et de police scientifique, la science et la recherche de la preuve*, Presses Universitaires de France, Paris, 2011.
- Burchfield, Keri B., Lisa L. Sample and Robert Lytle. 2014. “Public Interest in Sex Offenders: A Perpetual Panic?” *R. 15 Crim. Just. & Soc.* 96, 2014.
- Burk, Dan L. y Hess, Jennifer A. “Genetic Privacy: Constitutional Considerations in Forensic DNA Testing”, *Geo. Mason U. Civ. Rts. L. J.*, Vol. 5, 1994-1995.
- Cabezuelo, Ana Laura. *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Campbell, Liz. “Non-Conviction DNA Databases in the United States and England: Historical Differences, Current Convergences”, *15 Int'l J. Evidence & Proof* 281, S. 289.
- Campbell, Liz. “A Rights-Based Analysis of DNA Retention ‘Non conviction Databases and the Liberal Stated’”, en *Crim. L. R.* 2010.

- Carter, Linda. *Understanding Capital Punishment*, 3.^a ed., San Francisco, Lexis Nexis, 2012.
- Carrillo, Marc. *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Navarra, Thompson Aranzadi, 2003.
- Castiñeira, M. T. y Ragues, R. “Three Strikes. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en Carbonell, M. (ed.). *El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008.
- Cejas Mazzotta, Guillermo. *Identificación por ADN*, 2.^a ed. corregida y ampliada, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.
- Chevallier, Jacques. *El Estado Posmoderno*, Oswaldo Pérez (trad.), Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2011.
- Chieri Primarosa, E. y Zannoni, A. *Prueba del ADN*, 2.^a ed., Buenos Aires: Astrea, 2001
- Chiesa, Luis. *Substantive Criminal Law: Cases, Comments and Comparative Material*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2014
- Cordón Moreno, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, Aranzadi, 1999

- Corrado, Michael. “Why do we resist hard incompatibilism? Thoughts on Freedom and Punishment”, en Nadelhoffer, Thomas (Coord.). *The future of punishment*, New York, Oxford Press, 2013.
- Corrigan, Rose. “Making meaning of Megan’s Law”, *Law & Soc. Inquiry*, 267, 2006.
- Cox, Rachel. “Unethical Intrusion: The Disproportionate impact of law enforcement DNA sampling on minority populations”, *52 Am. Crim. L. Rev.* 155, 2015.
- Crawford, Adam. “Governing through Antisocial Behavior, Regulatory Challenges to Criminal Justice”, *Brit. J. Criminol.* 2009 (49).
- Cronan, John. “The next frontier for Law Enforcement. A Proposal for Complete DNA Databanks”, *28 Am. J. Crim. L.* 119 2000-2001.
- De Georgi, Alessandro. *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Rivera, Iñaki y Monclús, Marta (trads.), Barcelona, Virus Editorial, 2005.
- De Ortúzar, María Graciela. “El uso no médico de la información genética individual”, en Salvador Bergel y Minyersky (Dir.). *Genoma Humano*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

De Palma del Teso, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996.

De Vicente Martínez, Rosario. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Deyerle A., Kristie. “Genetics Testing in the Workplace: Employer Dream, Employee Nightmare, Legislative regulation in the United States and the Federal Republic of Germanic”, *Comparative Labor Law Journal*, Vol. 18.

Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001.

Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, IBdef, 2007.

Díez Ripollés, José Luís. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.

Dodson, Angus J. “DNA ‘Line-Ups’ Based on Reasonable Suspicion Standard”, *71 U. Colo. L. Rev.* 221, 2000, p. 253.

Doleac, Jennifer L. “The Effects of DNA Databases on Crime”, 1.º de enero de 2015. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=2556948>].

Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, USA, Mathew Bender, 1995.

Drobner, Fred W. “DNA Dragnets: Constitutional Aspects of Mass DNA Identification Testing”, *Cap. U. L. Rev.*, Vol. 28, 1999-2000.

Eliseu Frígols i Brines. *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales, una perspectiva de derecho comparado*, San José de Costa Rica, Jurídica Continental, 2002.

Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial. “Genética y Derecho”, *Estudios de Derecho Judicial* 36-2001, Madrid, 2001.

Etxeberría Guridi, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, Editorial Trivium, 1999.

Etxeberría Guridi, José Francisco. *Los análisis del ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Comares, 2000.

Etxeberría Guridi, José Francisco. “Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reformada, por la Ley Orgánica 15 del 25 de noviembre 2003)”, *LP* No. 4, 2004

Etxeberría Guridi, José Francisco. “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal”, *Rev. Der. Gen. H.* 27/2007.

Etxeberría Guridi, José Francisco. “La prueba del ADN en el futuro proceso penal Español”, en Gómez Colomer, Juan-Luis. *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Evans, Willian. y Owens, Emily. “Cops and crime”, *Journal of Public Economic*, 2007.

Farrington, David. “The Effects of Public Labeling”, 17 *Brit. J. Criminology* 112, 1977.

FBI. Disponible en [<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>], consultada el 25 de octubre de 2015.

Feijoo Sánchez, Bernardo. *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989.

Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.

Frígols i Brines, Eliseu. *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales, una perspectiva de derecho comparado*, San José de Costa Rica, Jurídica Continental, 2002.

Freund, Georg. “Peligros y peligrosidades en derecho penal y en el derecho de las medidas de seguridad. Contra la parcialidad en el pensamiento y en la

- actuación”, en Landa, Jon-M. (Ed.) y Garro Carrera, Enara (Coord.). *Delincuentes peligrosos*, Madrid, Trotta, 2014.
- Garé, Thierry y Ginestet, Catherine. *Droit Pénal, Procédure Pénale*, Dalloz, 5.^a Ed., París, 2008.
- Garland, David. *Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. La cultura del control*, Máximo Sozzo (trad.), Barcelona, Gedisa, 2005.
- Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- Gassin, Raymond. *Criminologie*, 6.^a ed., Paris, Dalloz, 2007.
- Gimeno Sendra, Vicente; Moreno, Victor y Cortés Domínguez, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., Madrid, Colex, 1999.
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990.
- Gómez Amigo, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.
- Gracia Martín, Luis. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Gracia Martín, Luis. “Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito”, en Gracia Martín, L. (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2012.

Gramunt Fombuena, Mariló. “El tratamiento de la información genética en la ley de investigación biomédica”, en Llácer Matacás, María Rosa (coord.). *Protección de Datos Personales de la información y la vigilancia*, Madrid, La Ley, 2011.

Grand, Jeffrey. “The Bleeding of America: Privacy and the DNA Dragnet”, *Cardozo L. Rev. Vol. 23:6*, 2001-2002.

Gretter, Jennifer. “Coding for change: The power of the Human Genome to Transform the American Health Insurance System”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 28, No. 1, 2002.

Hagan, John. *Who are the criminals? The politics of Crime Policy, from the age of Roosevelt to the age of Reagan*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

Ham, Patricia. “An Army of suspects: the history and constitutionality of the U.S. military's DNA repository and its access for law enforcement purposes”, *Army Lawyer*, July/August, 2003.

Hassemer, Winfried y Chirino, Alfredo. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

Hassemer, Winfried. “El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en L. Reyna Alfaro y S. Cuarezma Terán (dirs.). *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires y Montevideo, Editorial B de F, 2008.

Hefferman, Liz. “DNA and Fingerprint Data Retention: S and Marper vs. United Kingdom”, *European Law Review*, 2009, 34 (3)

Henrick, Steven. “A fourth amendment privacy analysis of the department of defense's DNA repository for the identification of human remains: the law of fingerprints can show us the way”, *Mil. L. Rev. Fall*, Vol. 181, 2004.

Hepple, Bob. “The right to privacy and crime detection”, *C. L. J.*, 68 (2), 2009.

Herzog, Félix. “Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, ed. esp., Frankfurt: Instituto de Ciencias Criminales, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000.

Hibbert, Michelle. “DNA databanks: Law Enforcements Greatest Surveillance Tool?”, *Wake Forest L. R.*, Vol. 77, 1999.

Huergo Lora, Alejandro. “Las Sanciones Administrativas”, Madrid, Iustel, 2007.

Huestas Martín, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.

Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. “La insostenible situación del derecho penal”, Universidad Pompeu Fabra (trad. ed. esp.), Granada, España, Editorial Comares, 2000.

Iturralde, María Victoria. “Justificación judicial: validez material y razones”, en Comanducci, P. y Guastini, R. *Analisi e diritto 2004*, Torino, Italia, G. Giappichelli, 2005.

Jaen Vallejo, Manuel, *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

Jakobs, Günther “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en E. Montealegre Lynett (coord.). *Derecho Penal y Sociedad*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Jescheck, Hanz-Heinrich. y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Olmedo Cardenete (trad.), Granada, Comares, 2002.

Kaye, David. “Bioethical objections to DNA Databases for law enforcement: Question and answers”, 31 *Seton Hall L.Rev.* 936, 2000-2001.

Kaye, David “A Fourth Amendment Theory of Arrestee DNA and other biometric databases”, 15 U. Pa. *J. Const. L.* vol. 15, 2012-2013.

Kaye, David y Michael Smith. "DNA Identification Databases: Legality, Legitimacy, and the Case for Population-Wide Coverage", *Wis. L. R.*, Vol. 413, 2003.

Kaye, David. "On the Considered Analysis of Collecting DNA before Conviction", *Ucla L. Rev. Discourse*, Vol. 60, (104) 2013.

Kaye, David. "Why so contrived? Fourth Amendment Balancing, *per se* rules, and DNA Databases after Maryland vs. King", *J Crim Law & Criminology*, Vol. 104, No. 3, 2014.

Kemelmajer, Aida. "Las relaciones entre la bioética y el derecho sus repercusiones para la genética humana", en Romeo Casabona (ed.). *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal español de 1995*, Granada, Comares, 2001.

Kleinert, Michael E. "Improving the quality of Justice: The innocence protection act of 2004 ensures post-conviction DNA Testing, Better legal representation, and increased compensation for the wrongfully imprisoned", 44 *Brandeis L. J.*, 491 2005-2006.

Korkos, Kathryn. "DNA fingerprinting: The definitive evidence in a criminal trial", *Memphis St. U. L. Rev.*, Vol. 22, 1991.

Kroennig, Matthew y Barry, Pavel. "How to deter terrorism", *The Washington Quarterly*, spring 2012.

- Kyvsgaard, Britta. *The Criminal Career. The Danish Longitudinal Study*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003.
- Landecho Velasco, C. M. y Molina Blázquez, C. *Derecho penal español*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 1996.
- Langan, Patrick y David J. Levin. Informe del Departamento de Estadísticas Judiciales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de junio de 2002. Disponible en [www.fbi.gov].
- Lawson, Martha L. “Personal Does Not Always Equal Private: The Constitutionality of Requiring DNA Samples From Convicted Felons and Arrestees”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 9, 2000-2001.
- Lenoir, Noelle. “La Bioética en la Comunidad Europea”, en AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Madrid, Fundación BBV Documenta, 1994.
- Lipsey W., Mark; Nana A. Landenberger y Gabrielle Chapman. “Rehabilitation: An assessment of theory and research”, en Colin Sumner (ed.). *The Blackwell Companion to Criminology*, United Kingdom, Blackwell Publishing, 2007.
- Llácer Matacás, María Rosa. *Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*, Vizcaya, La Ley, 2011.
- Longobardi, Joahn Marie. “DNA Fingerprinting and the Need for a National Data Base”, *Fordham Urb. L. J.*, Vol. XVII, 1988-1989.

Lorente, José Antonio. *Un detective llamado ADN: tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*, Madrid, Temas de Hoy, 2004.

Lorente, José Antonio. “Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, en Romeo Casabona (ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Bilbao-Granada, 2002.

Loewwy, Arnold. *Criminal Law in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000.

Ludwin King, Elizabeth B. “Conflict of Interests: Privacy, Truth, and Compulsory DNA Testing for Argentina's Children of the Disappeared”, 44 *Cornell Int'l L.J.* 535 (2011).

Luna, J. Erick. “Sovereignty and Suspicion”, *Duke L. J.*, vol. 48, 1999.

Macleaod, J. F.; Grove, P. y Farrington, D. P. *Explaining Criminal Careers. Implications for Justice Policy*, United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

Magid, Ellen Ruth. “Will there be a freeze on cold hits? Safeguarding the constitutionality of DNA collection statutes”, 8 *N.Y. City L. Rev.* 185.

Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Madrid, Civitas, 2011.

Mathieu, Bertrand. *La Bioéthique*, Paris, Dalloz, 2009.

Mattelart, Armand. *Un mundo vigilado*, Madrid, Paidós, 2008.

Mattelart, Armand y Vitalis, André. *De Orwell al Cibercontrol*, Barcelona, Gedisa, 2015.

Mayor Zaragoza, Federico y Bedate, Carlos Alonso (eds.), *Gen-ética*, Ariel, España, 2003.

McCartney, Carole. “The DNA expansion programme and criminal investigation”, *Brit. J. Criminol.*, 2006, 46(2), 175-192.

McClen, David. *Internacional Judicial Assistance*, New York, Clarendon Press, 1992.

Megale, E. “The invisible man: How the sex offender registry results in social death”, 2. *J.L & Soc. Deviance* 92, 2011.

Mir Puig, Santiago, *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Ariel, 1994.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reperttor, 2004.

Monteleoni, Paul M. “DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment”, 82 *N.Y.U. L. Rev.* 247, 2007.

Moreno Catena, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en Gómez Colomer, Juan Luis (coord.) *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

Montero Aroca, Juan, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal”, en Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Muñoz Conde, Francisco. y García Aran, M. *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., rev. y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Murphy, María. “The Criminal Justice (Forensic evidence and DNA Databases System) Bill 2010: Are the proposal compliant with the European Convention on Human Right”, *10 U. C. Dublin L. Rev.*, 85 2010.

Murphy, Erin. “License, Registration, Cheek Swab: DNA Testing and the Divided Court”, *127 Harv. L. Rev.* 161, noviembre de 2013.

Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos.

Nino, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, España, Ariel Derecho, 1999.

Oficina de Estadísticas Judiciales. “Prisioneros 2014”, septiembre de 2015. Disponible en [http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p14_Summary.pdf].

Oficina Federal de Investigación Criminal. “Estadísticas criminales de la Bundeskriminalamt”, 2014. Disponible en [http://www.bka.de/nn_195196/SharedDocs/Downloads/EN/Publications/PoliceCrimeStatistics/2014/pks2014FlyerEnglish.html].

O’Neill, Megan y Loftus, Betham. “Policing and the surveillance of the Marginal: Everyday contexts of social control”, *Theoretical Criminology*, 17(4) 437-454, 2013.

Patrick Langan y David J. Levin. “Reincidencia de los prisioneros dejados en libertad en el año 1994”, Departamento de Estadísticas Judiciales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, junio de 2002. Disponible en [www.ojp.usdoj.gov/bjs/crimoff.htm].

Pérez Arroyo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 8.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.

Polanco, Kimberly A. “Constitutional Law. The Fourth Amendment Challenge to DNA Sampling of Arrestees Pursuant to the Justice for All Act of 2004: A Proposed Modification to the Traditional Fourth Amendment Test of Reasonableness”, *Little Rock Law Review*, University of Arkansas, Spring 2005.

Posner, Richard, “Economic Analysis of Law”, 7.^a ed., *Wolters Kluwer Law & Business*, New York, Aspen Publishers, 2007.

Pueyo Llosa, Jorge. *Un nuevo modelo de cooperación internacional en material penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional*, Colección Escuela Diplomática, No. 5, Madrid, Cooperación Jurídica Internacional, 2001.

Purroy, Jesús. *La era del genoma. Claves para orientarse en un mundo transformado por la genética*, Barcelona, Salvat Editores, 2001.

Quevedo, Alina. *Genes en tela de juicio: pruebas de identificación por ADN. De los laboratorios a los tribunales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, 2.^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

Renard, Muriel. “Les fichiers des empreintes génétiques de 1998 a 2005”, en Doutremepuich, Christian (dir.). *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*”, París, Institut National de Hautes Etudes de Securite, 2006.

Rebollo Delgado, Lucrecio y Serrano Pérez, María Mercedes. *Manual de Protección de Datos*, Madrid, Dykinson, 2014.

Recasens i Brunet, Amadeu. *La seguridad y sus políticas*, Barcelona, Atelier, 2007.

Regensburger, Derek. “DNA Databases and the Fourth Amendment: The Time Has Come to Reexamine the Special Needs Exception to the Warrant Requirement and the Primary Purpose Test”, 19 *Alb. L.J. Sci. & Tech* 319, 2009.

Robert, Phillipe. *El ciudadano, el delito y el Estado*, Barcelona, Atelier, 2003.

Rodríguez Caro, M. V. “La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa”. Disponible en [<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10518-la-investigacion-mediante-adn:-derecho-a-la-intimidad-y-derecho-de-defensa/>].

Rodríguez, O. *Seguridad del Estado y privacidad*, Madrid, Reus, 2014.

Romeo Casabona, C. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986.

Romeo Casabona, C. “El proyecto del genoma humano: limitaciones jurídicas”, en Gafo, J. (coord), *Ética y Biotecnología*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993.

Romeo Casabona, C. *Código de leyes sobre genética*, Vizcaya, Fundación BBVA y Diputación Foral de Vizcaya, 1997.

Romeo Casabona, Carlos. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona, 1986.

Romeo Casabona, Carlos. *Código de leyes sobre genética*, Bilbao, Fundación BBVA, Vizcaya, 1997.

Romero, Angelique. “Implications of United States v. Jones on DNA Collection from Arrestees: Trespass Prohibited by the Fourth Amendment, 25 *St. Thomas L. Rev.* 244, 2012-2013

Rothstein, Mark y Carnahan, Sandra. “Legal and Policy Issues in Expanding the Scope of Law Enforcement DNA Data Banks”, *Brook. L. Rev.*, Vol. 67.

Rothstein, Mark A. y Talbott, M. K. “The expanding use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?”, 34 *J.L. Med. & Ethics* 153, 2006.

Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., Córdoba, Gabriela E. y Pastor Daniel R. (trads.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Roxin, Claus. *La evolución de la política criminal. El Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 2000.

Ruiz Carrillo, Antonio. *Manual Práctico de Protección de Datos*, Barcelona, Bosch, 2005.

Safir, Howard. *Security: Policing Your Homeland, Your State, Your City*, New York, Thomas Dunne Books, 2001.

Santiago Juárez, M. *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Schaefer, Jill C. “Profiling at the Cellular Level: The Future of the New York State DNA Databanks”, *Alb. L. Sci. & Tech*, Vol. 14, 2003-2004.

Scherer, Robert. “Mandatory Genetics Dogtags and the Fourth Amendment: The Need for a New Post-Skinner Test”, *Geo. L. J.*, Vol. 85, 1996-1997.

Soothill K (2010) Sex offender recidivism. In: Tonry M (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research*. Vol 39, Chicago, IL: University of Chicago Press, pp. 145–211.

Schmitt, Glenn. “Online Forensic DNA Training Program Targets Lawyers, Judges”, *40-JUN Prosecutor* 17.

Schumacher, Robert. “Expanding New York's DNA Database: The Future of Law Enforcement”, *Fordham Urb. L. J.*, Vol. XXVI, 1998-1999.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Argentina, Ad-hoc, 2000.

Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2001.

Silva Sánchez, Jesús-María, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2002.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Tiempos de Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial *BdeF*, 2009.

Simoncelli, Tania. “Dangerous Excursions: The case against expanding forensic DNA Databases to Innocent Persons”, 34 *J. L. Med. & Ethics* 390, 2006.

Sklansky, David A. “The Fourth Amendment and Common Law”, *Colum. L. Rev.*, Vol. 100, 2000.

Slobogin, Christopher. “A Jurisprudence of Dangerousness”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 98, No. 1, 2003. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=305459>] y [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.305459>].

Smiley, Jennifer. “Rethinking the Special Needs Doctrine: Suspicionless drug testing of high school students and the narrowing of fourth amendment protections”, *Northwestern University L. R.*, Vol. 95, No. 2, 2000-2001.

Smith, George P. y Burns, Thaddeus J. “Genetic Determinism or Genetic Discrimination”, *Contemp. Health L. & Pol'y*, Vol. 11, 1994-1995.

Solove, Daniel. *Information Privacy Law*, Aspen Publishers, 2003

Sprack John. *Emmins on criminal procedure*, 6.^a ed., Londres, Reino Unido, Blackstone Press Limited, 1995.

- Staley, Kristina. "Human Rights and Privacy", *The Police National DNA Database*, No. 31, Gene Watch UK
- Staley, Kristina. "The police national DNA Database: Human rights and privacy", *Gene Watch UK* 31, p. 5. Disponible en [www.genewatch.org].
- Stevens Aaron, P. "Arresting Crime: Expanding the Scope of DNA Databases in America", *79 Tex. L. Rev.*, 921.
- Stunz, William J. *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Suárez Espino, María Lidia. *El derecho a la intimidad genética*, Barcelona, Marcial Pons, 2008
- Susín Betrán, Raúl. "La revalorización del miedo como instrumento de regulación social. De la inseguridad y otras miserias", en Bernuz Beneitez, María José y Pérez Cepeda, Ana Isabel (Coords.). *La tensión entre libertad y seguridad, una aproximación socio-jurídica*, Universidad de La Rioja, 2006.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, 2.^a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005
- Trager, R. F. y Zagorcheva, D. P. "Deterring Terrorism: It Can Be Done", *International Security* 30, No. 3, Winter 2005/06.

Tranette, Ledford. "Law Expands Access to Military DNA", *Army Times*, 16 de diciembre de 2002. Disponible en [<http://www.armytimes.com>], consultada el 6 de marzo de 2006.

Tracy, Paul E. y Morgan, Vincent. "Big Brother and His Science Kit: DNA Databases for 21 Century Crime Control?", 90 *J. Crim. Law & Criminology* 635, 654-55 (2000).

Téllez Valdés, Julio. *Derecho Informático*, México, McGraw-Hill, 1996.

Vallespín, Fernando. "¿Reconciliación a través del derecho? Apostillas a la facticidad y validez de Jürgen Habermas", en Gimbernart, José Antonio (ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997.

Visser, Rick y Hampikian Greg. "When DNA won't work", 49 *Idaho L. Rev.* 39, 2012.

Walker, Wilson. "The expansion of Criminal Registries and the Illusion of Control", 73 *La. L. Rev.* 509 2012-2013.

Walter, Samuel, "Police DNA sweeps, extremely unproductive", Departamento de justicia criminal de la Universidad de Nebraska, [<http://www.policeaccountability.org/dnareport.pdf>], consultada el 15 de mayo de 2006

Watch, Gene. “The Police National DNA Database”, *Human Rights and Privacy*, No. 31, Gene Watch UK, 2005.

Williams, Robin y Johnson, Paul, “Forensic DNA Databasing: A European Perspective. Interim Report 2005”, Universidad de Durham, Reino Unido, [www.dur.ac.uk/p.j.johnson].

Werse, Valerie 39 Rutgers Computer & Tech. L.J. 282 (2013), A “Lengthy, uncertain, and expensive process”: A comparison of types of expungement from DNA databases of arrestees.

Wolter, Jürgen, “Dignidad humana y libertad en el proceso penal”, en Ambos, Kai y Montealegre Lynett, E. *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*, Universidad Externado de Colombia, 2005, Bogotá

Wright, Ronald F. “The Civil and Criminal Methodologies of the Fourth Amendment”, *Yale L. J.*, Vol. 93, 1983-1984.

Yeshulas, Laurie Stroum. “Note: DNA Dragnet Practices: Are They Constitutional?”, *Suffolk J. Trial & App. Advoc.*, 2003.

Zarraluqui, Luís. “Estatuto jurídico del genoma humano”, en AA.VV. *Genes en el estrado. Límites jurídicos e implicaciones sociales del desarrollo de la genética humana*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Estudios Sociales Avanzados, 1996.

Zugaldía Espinar, José Miguel, “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, *Poder Judicial*, 1997.

Zúñiga Rodríguez, Laura, “Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales”, en Londoño Jiménez, H. (coord.). *Derecho penal liberal y dignidad humana*, Bogotá, Temis, 2005.

Jurisprudencia citada

A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. S y Marper contra Reino Unido de 4 de diciembre 2008. TEDH 2008\104

B. Española (TC).

1. Sentencia No. 254/1993 del 20 julio. RTC 1993\254.
2. Sentencia No. 207/1996 de 16 diciembre. RTC 1996\207.
3. Sentencia No. 161/1997 de 2 de octubre. RTC 1997\161.
4. Sentencia No. 292 del 30 de noviembre RTC 2000\292.
5. Sentencia No. 233/2005 del 26 de septiembre RTC 2005\233.
6. Sentencia No. 199/2013 de 5 de diciembre. RTC 2013\199.
7. Sentencia No. 135/2014 de 8 de septiembre, RTC 2014\135.

C. Española (SSTS)

1. Sentencia No. 803/2003 de 4 junio. RJ 2003\4292.
2. Sentencia No. 1726/2003 de 22 diciembre. RJ 2004\657.
3. Sentencia No. 1270/2005 de 3 de noviembre. RJ 2005\9912.
4. Sentencia No. 1311/2005 de 14 de octubre. RJ 2005\8072.
5. Sentencia No. 179/2006 de 14 de febrero. RJ 2006\717.
6. Sentencia No. 1062/2007 de 27 de noviembre. RJ 2007\9354.
7. Sentencia No. 158/2010 de 2 de febrero. RJ 2010\3241.
8. Sentencia No. 685/2010 de 7 de julio. RJ 2007\7322.
9. Sentencia No. 151/2010 de 22 de febrero. RJ 2010\1423.
10. Sentencia No. 880/2011 de 26 de julio. RJ 2011\6326.
11. Sentencia No. 827/2011 de 25 de octubre. RJ 2012\1251.
12. Sentencia No. 709/2013 de 10 de octubre. RJ 2013\8008.
13. Sentencia No. 948/2013 de 10 de diciembre. RJ 2013\8346.
14. Sentencia No. 734/2014 de 11 de noviembre. RJ 2014\5694.

D. Angloamericana

1. *Breihaupt vs. Abram* (352 U.S. 1957).
2. *Schmerber vs. California* 384 U.S. 757 (1966).
3. *Katz vs. United States* 389 U.S. 347 (1967).
4. *Terry vs. Ohio* 392 U.S. 1 (1968).
5. *United States vs. Martínez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976).
6. *Illinois vs. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983).
7. *Skinner vs. Railway. Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989).
8. *Michigan Dept. of State Police vs. Sitz* 496 U.S. 444 (1990).
9. *Arizona vs. Bible*, 858 P.2d 1152 (1993).
10. *Doe vs. Poritz*, 662, A. 2d. 367 (New Jersey 1995).
11. *Rise v. Oregon*, 59 F. 3d 1556 (9th Cir. 1995).
12. *Boling vs. Romers* 101 F. 3d 1336 (10th Cir. 1996).
13. *Jervis vs. State*, 672 N.E. 2d 875 (Ind. 1997).
14. *State vs. Fleming*, 1997 Me. 158 (1997).
15. *Alfaro vs. Terhune*, 98 Cal. App. 4th 492, 120 Cal. Rptr. 2d 197 (3d Dist. 2002).
16. *Smith vs. Doe*, 583 U.S. 84 (2003).
17. *United States vs. Kimler*, 335, F.3d 1132 (10th Cir. 2003).
18. *Green vs. Berge*, 354 F. 3d 675 (7th circuit, 2004).
19. *Kincade vs. United States*, 379 F. 3d 813 (9th cir. 2004).
20. *Maryland vs. Raines*, 857 A. 2d 19 (Md. 2004).
21. *Nicholas vs. Goord*, 430 F.3 d 652 (2d Cir. 2005).
22. *Maryland vs. King*, 569 U.S. (2013).

