

PROYECTO DE LEY SOBRE CONSTITUCIÓN DE BASE DE DATOS DE ADN.

Consideraciones preliminares

En primer lugar, parece elemental compartir un concepto fundamental: el descubrimiento en 1985 de la huella genética del ADN ha representado una auténtica revolución en la veracidad y exactitud lograda por la ciencia forense en su identificación de culpables de actividades delictivas, superior incluso a la representada en su momento por las propias huellas dactilares, introducidas a fines del siglo XIX. Sin embargo, la responsabilidad de continuar y aún profundizar los restantes métodos científicos de investigación debe mantener elevada prioridad, a poco que se comparta una reflexión elemental: no porque se hallan encontrado “rastros” de una persona en el lugar del crimen ésta es necesariamente culpable. La polémica está abierta, centrada en un debate en torno a la búsqueda del necesario punto de equilibrio entre la utilización de este recurso científico como el arma de precisión más formidable conocida actualmente de la investigación criminal y el mantenimiento de la plena vigencia de los derechos humanos analizados desde una amplia perspectiva bioética. En efecto, parece lícito preguntarse si resulta admisible la información a la que se acceda a través de muestras obtenidas sin la garantía del consentimiento expreso del implicado. Es que la frontera entre las necesidades policiales y las libertades individuales resulta muy difusa y podría devenir inexistente en su posiblemente buscada ampliación a los objetivos de una lucha antiterrorista, en el marco de una concepción actual de la misma a escala mundial.

Hecha esta apreciación inicial, corresponde seguidamente ingresar al análisis de los aspectos medulares del proyecto que puedan resultar objeto de controversia desde la perspectiva humanística y bioética que hemos priorizado en tanto guías rectoras de nuestras consideraciones.

Valoración ético-médica y jurídica

En tal sentido, y en primer término, el proyecto sujeto a consideración no distingue en el material genético a incluir en la base de datos entre codificante y no codificante, dejando sin establecer un tratamiento diferencial para cada una de las mencionadas categorías básicas. La distinción entre ambos tipos de material es provisoria, sujeta al actual estado del conocimiento. Por lo tanto, y mucho más en este campo tan dinámico, eventualmente mutable como producto de la investigación, pero, aún con todas estas relativizaciones, absolutamente fundamental. En efecto, la identificación sobre la base del material no codificante podría impedir el acceso a la información sobre rasgos genéticos que podría sustentar actitudes discriminatorias aplicadas sobre la persona en cuestión. Piénsese, a título de ejemplo, cómo el conocer que determinada individuo es susceptible genéticamente a una forma evolutiva grave de enfermedad hipertensiva —ó de determinada neoplasia— puede condicionar la limitación del acceso de su portador a fuentes laborales, por sólo citar un posibles uso discriminatorio en la práctica de la vida cotidiana. Dicha información, por definición, no estaría contenida en la parte de material no codificante y, por lo tanto, sobre el mismo es donde debiera constituirse el futuro archivo. El nombre más correcto del proyecto debería ser entonces el de identificación genética mediante conformación de una base de

datos estructurada sobre aquella porción de ADN considerado actualmente no codificante.

En el proyecto referido no se establece una distinción fundamental entre una base de datos de ADN con fines de investigación criminal y de actividades antiterroristas, por una parte y, por otra, de su eventual y hasta fácil utilización en la vida civil, con una gran amplitud y con los riesgos potenciales que hemos tratado de explicitar.

Nuestro país ha sido pionero en un conjunto importante de proyectos legislativos de avanzada. Sin perjuicio de ello, vistos los riesgos no menores ya señalados, y a efectos de evitar apresuramientos, quizás en este tópico debería avanzar en su concreción legislativa una vez que se encuentre suficientemente decantada la experiencia internacional. La misma se halla actualmente en proceso de cambio, como consecuencia de un intenso debate en curso, centrado sobre el respeto de los derechos humanos que debiera preservar, no sólo cualquier propuesta legislativa específica, sino la propia práctica de las fuerzas de seguridad con relación a su empleo. Es que, una vez más, resulta riesgoso legislar sobre un área de investigación en permanente evolución como la constituida en el caso por aquella referida al genoma humano.

Persiste la eventualidad de activar diversas vías de actitudes discriminatorias, incluso asumiendo maneras y repercusiones aún hoy día relativamente imprevisibles. A título de ejemplo, y sobre hipótesis muy reales, la utilización con fines limitativos de la información obtenida para acceso a fuentes laborales, como dijimos previamente ó cuantificación de primas de seguros. En tal sentido, no parece que esta potencialidad discriminante se solucione, como lo propone el propio inventor de la huella de identificación genética, el Profesor Sir Alec Jeffreys, con la extensión a toda la población de un país del registro de ADN. Antes bien, parece que esta universalización, de intención igualitaria, sin la aprobación de un cúmulo suficiente de garantías, multiplica exponencialmente sus posibilidades discriminatorias.

Estimamos que el proyecto, compartible en su intención declarada, para su adecuada viabilidad compatible con la preservación de derechos básicos de la persona humana, debería rodearse de un amplio conjunto de garantías, actualmente ausentes en su redacción. De lo contrario, dejaría a los ciudadanos muy vulnerables frente a su utilización en el marco de un Estado de Derecho autoritario. No preserva adecuadamente la confidencialidad y privacidad de los datos en ella contenidos. A título de ejemplo y con referencia a este último aspecto, no parece suficiente lo manifestado en el reciente Simposio Iberoamericano de Criminalística y Criminología realizado en Santiago de Compostela en 2002 por el Dr. Samuel Baechtel de la Unidad de Análisis de ADN de la División de Laboratorios del FBI. Al preguntársele con respecto al punto contestó lo siguiente: *La información solamente está disponible para las agencias de orden y fuerza pública. En mi caso, no tengo la posibilidad de ver los datos recabados cuando se realiza un perfil de ADN....* Salvo cuando se recibe el informe de identificación entre dos perfiles, en cuyo caso: *me podría poner en contacto con la persona encargada de otra agencia estatal, únicamente en esas situaciones se puede hablar de nombres y personas, por lo que en ese sentido la información está muy resguardada.* Resulta evidente que la respuesta del mencionado experto ha sido brindada exclusivamente limitada a su aplicación al campo de la investigación de

actividades criminales, resultando absolutamente insuficiente desde la más amplia e imprescindible perspectiva de la protección de los derechos humanos.

Consideramos que resulta entonces imprescindible una administración de la base de datos en aspectos claves y de otorgamiento de amplias garantías (inclusión, controles de calidad, aludidas en el artículo 5° del proyecto, utilización, descarte ó destrucción del material, etc.), en un Poder del Estado independiente del Poder Ejecutivo. En nuestro medio, dicha supervisión jerárquica podría estar radicada en el Poder Judicial, a través del Instituto Técnico Forense (ITF) dependiente del Poder Judicial .

En el momento actual, y circunscrito a la investigación criminal y filiación, la identificación genética se está utilizando en nuestro país con buena experiencia dentro del marco de la normativa aplicable vigente y sin que parezca necesario una legislación específica al respecto.

El proyecto delata la ausencia de consentimiento expreso del dador, a fin de preservar el imprescindible carácter voluntario que entendemos debe caracterizar este tipo de identificación. Tal ausencia, por su jerarquía intrínseca, vulnera un principio bioético fundamental: el respeto por la autonomía de la persona. Aquí resulta del caso referirse al antecedente de que, ya en 1998, un Tribunal de Boston sentó un precedente, estimando que la toma de muestras de ADN sin consentimiento constituía una clara violación de los derechos humanos. Pero además, a fines comparativos parece oportuno recordar que ya en nuestro medio asume tal rasgo voluntario la obtención de muestra de alcoholemia. Luego de establecido el carácter voluntario de dicha obtención de muestras por parte del indagado, es claro que otra cosa muy diferente es la representada. Sin duda, por las conclusiones que, ante la negativa a colaborar, pueda extraerse en Sede Judicial.

El manejo del material genético resulta crucial a efectos de evitar asimilar arresto a culpabilidad. En julio de 1989, ante la Comisión Nacional para el Futuro de la Prueba de ADN (constituida a petición del Presidente Bill Clinton e integrada por 19 eminentes especialistas), esta ONG se pronunció contra la extensión del CODIS federal (el proyecto de banco de datos de ADN de alcance nacional a todo el territorio de los EE.UU., impulsada por el FBI) a toda persona arrestada. Al respecto, el proyecto sometido a consideración no establece una distinción nítida en el manejo del material genético entre indagado e imputado, ignorándose asimismo la situación de los menores con relación a este aspecto clave.

En consecuencia, asume trascendental papel la definición de aquellas instancias en las que resultaría obligatoria la destrucción de dicho material genético. El hoy Ministro de Interior británico, Jack Straw, neto impulsor de introducir sustanciales modificaciones en las actuales prácticas policiales de Gran Bretaña en lo relativo a la obtención y conservación indefinida de las muestras de DNA, ha ofrecido la garantía adicional de que, cuando la muestra proviene de alguien que la ofrece como parte de un proceso de eliminación de sospechosos de una investigación criminal, la conservación policial solo sería posible si existiera consentimiento expreso del donante.

Con relación al artículo 14 de la ley proyectada, cabe efectuar algunas precisiones no menores, en cuanto en ella se establece la fórmula abierta *Por razones de interés general*, refiriéndose a la colaboración entre organismos oficiales entre Estados. Dicha laxitud no resulta aceptable, en virtud de dejar una puerta abierta a la intromisión interestatal y generar la clara vulneración del sagrado mandato constitucional de la tutela a la intimidad y la personalidad humana. Asimismo, lesiona el principio de la doble incriminación en materia de los niveles de cooperación penal internacional, dado que las *razones de interés general* referidas en el proyecto no obligan a que una persona sea imputable de delito por la conducta penal eventualmente reprochable en los dos Estados. Abundando en el punto, corresponde señalar que la información puede dañar a la persona cuya conformación genética se difunda. La susceptibilidad del menoscabo de sus bienes jurídicos por parte de las organismos colaborantes requiere que la conducta en cuestión deba ser delito en los dos países. De no ser así, se estaría perjudicando notoriamente al sujeto cuya información se difunde en forma ilimitada sin la certeza de que se encuentre en el ámbito de la punición en los países a donde ella va a recalar.

Por tanto, dicha expresión es excesivamente amplia y se recomienda la completa eliminación del mencionado artículo 14 por su generalidad y riesgos implícitos. Particularmente, ante la posibilidad cierta de que —aún involuntariamente— se instaure un colaboracionismo internacional encubierto. Por otra parte, ante la eventualidad de la configuración de un Derecho penal de corte represivo y autoritario (aún en democracia), este instrumento se transformaría un arma de criminalización y estigmatización (selectividad negativa) de las población. No descartar que pueda ser uno de los primeros pasos para instaurar un Derecho penal de emergencia y máxima intervención, alejándose de su misión de tutela de bienes jurídicos, pacificación y armonía social, y referente comunitario acerca del umbral de lo permitido por la sociedad.

Otra objeción se presenta en cuanto a la ostensible vulneración que la aprobación y aplicación de la normativa propuesta ocasionaría en lo atinente a la inocencia presunta recogida contextualmente en la Constitución de la República. Cabe mencionar que se daría una inversión en la carga probatoria que pasaría a la órbita del implicado y no del Ministerio Público, como en la actualidad. Obsérvese que la información no tendría límite temporal ni físico y que se incluiría a personas con dos procesamientos, aunque no exista ninguna sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada. Ello conlleva a que se prejuzgue y, por ende, se asuma la culpabilidad del imputado (sin importar la cantidad de causas penales abiertas) desconociendo que sobre el procesado o sujeto a proceso penal en su contra sigue siendo presuntamente inocente. La manida inocencia presunta se evidencia por el meridiano hecho de que es al Ministerio Público que compete efectuar la acusación conforme a la prueba producida en el proceso, pero en la medida que supere la inicial convicción moral o semiplena prueba que se necesitó para iniciar la litis penal mediante el auto de procesamiento dictado por el Juez de la causa.

De lo que viene de decirse se infiere también la flagrante vulneración al derecho del indagado a no autoincriminarse aún cuando fuere culpable de una conducta penalmente reprochable de la que él fuere autor o partícipe. Al aportarse forzada y obligatoriamente la información de ADN —tal cual lo indica el proyecto en estudio— será el propio indagado o imputado quien dará la prueba de su eventual responsabilidad penal. Esto es inconcebible en un Estado social, liberal y democrático de Derecho como el nuestro, donde la clave de bóveda es la libertad del hombre.

Quizás podría esbozarse una defensa al analizado artículo 14 del proyecto de referencia subrayando que se trataría exclusivamente de investigaciones criminales (arts. 4 lit. b y 12). Sin embargo, ello no es de recibo, puesto que la letra del proyecto se refiere a causas criminales en el ámbito nacional, pero no resulta igualmente claro en cuanto a su prosecución en otros Estados, generando así la disparidad de que se colabore con fines de investigación criminalística aún no habiendo un acto criminal concreto efectuado en otro país y vinculado al ciudadano forzado a entregar información mediante su ADN. Asimismo, no surge del proyecto que se exijan garantías sobre la manipulación, ni sobre cadena de resguardo respecto de los Estados a los cuales se entregue información de ciudadanos o habitantes de nuestro país. Es decir, que las exigencias de control para nuestro medio se diluyen al momento de brindar colaboración a otros Estados, ya que ellos sí quedarán librados al antojadizo manejo de la información entregada, así como a disponer de ella libremente para trasegarla a terceros Estados en detrimento del sujeto.

Colofón

No es el propósito de los informantes descartar la existencia de un archivo de las características básicas propuestas, pero en tanto ello no implique —como aquí observamos— denostar la personalidad del hombre, así como su identidad, preceptos constitucionales e inobservancia de derechos humanos de gran relieve. Por tales motivos, se recomienda que, en caso de efectuarse un Banco de identificación mediante ADN, sea instaurado bajo la dirección del ITF y que las muestras sean obtenidas a través de un cuidadoso itinerario de garantías, así como por método expresamente aprobado a tales efectos por el Ministerio de Salud Pública.

En todos los casos, sean indagados, imputados, reiterantes o víctimas, solo puede permitirse la obtención consentida, pero nunca la forzada o aprovechando un descuido del sujeto. En caso de obtenerse una muestra sin su consentimiento, se tratará de un abuso de poder y un exceso que invalida toda la actuación jurisdiccional, viciando de nulidad lo actuado en Sede Judicial.

Debe establecerse un plazo razonable para la destrucción de las muestras obtenidas, puesto que de otra manera contradiría lo actualmente estatuido respecto a los antecedentes penales, que decaen a los cinco años o a los dos, si el Juez de la causa otorga la suspensión condicional de la pena. Similar criterio habría de seguirse en este aspecto.

No parece oportuno legislar actualmente sobre el punto en cuestión. Existen mayores problemas que resolver en lo inmediato, que involucran cuestiones sanitarias, penales y sociales de mayor envergadura. Se sugiere postergar este proyecto, introduciéndole los cambios recomendados y otros que surjan en el futuro, hasta tanto la ciencia haya desarrollado un saber más asequible para el hombre.