

**BASES DE DATOS DE ADN  
Y DERECHO A LA PRIVACIDAD GENÉTICA**

*Disertación del doctor Manuel José García Mansilla  
en sesión privada del Instituto de Política Constitucional,  
del 29 de septiembre de 2010*



# **BASES DE DATOS DE ADN Y DERECHO A LA PRIVACIDAD GENÉTICA**

Por el DR. Manuel José García Mansilla<sup>1</sup>

## **Introducción**

En 1985, Sir Alec Jeffreys, profesor de Genética de la Universidad de Leicester, publicó junto con otros investigadores un breve artículo que revolucionaría los métodos forenses que se aplicaban para la investigación y esclarecimiento de diversos delitos. Jeffreys propuso una novedosa técnica para identificar diferentes patrones genéticos que se encuentran en cada una de las personas y, de esta forma, elaborar su perfil o huella genética digitalizada<sup>2</sup>. Esta huella genética permite identificar a las personas con un grado de certeza casi perfecto. Así fue que el uso de perfiles elaborados sobre la base del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN), se hizo cada más frecuente como herramienta para resolver casos criminales. De hecho, este tipo de análisis se ha convertido a nivel

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue elaborado, en parte, sobre la base de un informe preparado por el autor a pedido de la Fundación Argentina Ciudadana, para ser presentado ante la Comisión de Justicia de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los errores que pueda tener este trabajo son de mi exclusiva responsabilidad.

<sup>2</sup> Ver Gill, Peter, Jeffreys, Alec J. & Werrett, David J., "Forensic Application of DNA 'Fingerprint'", en *Nature*, Vol. 318, p. 577 (1985).

mundial en una prueba de carácter fundamental en cualquier proceso de investigación penal<sup>3</sup>.

El perfil de ADN consiste en una secuencia numérica que se obtiene del análisis de una parte del genoma humano que se conoce como “ADN no-codificante”<sup>4</sup>. Contrariamente a lo que sucede con el ADN codificante, que permite obtener una cantidad importante de información genética acerca de la persona (Ej.: predisposición a enfermedades), la parte “no codificante” no aportaría información sensible sobre ésta, sino que se limitaría a permitir su identificación. Como veremos más adelante, en países como Inglaterra, Estados Unidos o Canadá, los arrestados, procesados y/o condenados por la comisión de un delito están obligados a someterse a un proceso de extracción de una muestra biológica (Ej.: sangre o saliva). Esas muestras son luego analizadas para obtener las secuencias numéricas o perfiles de ADN de estas per-

---

<sup>3</sup> Cfr. Lee, Henry C. & Tirnady, Frank, *Blood Evidence: How DNA is Revolutionizing the Way We Solve Crimes*, Perseus Publishing, Cambridge, 2003, p. 6.

<sup>4</sup> La mayor parte del genoma humano está compuesto de secuencias de ADN repetitivo sin una función clara. A esa parte se la denomina “ADN no codificante”, ya que no codifica información para la síntesis de proteínas. Como explica Alonso y Alonso, “es precisamente una fracción de este ADN no codificante la que más interés tiene en genética forense, ya que se trata de regiones de ADN con una gran variabilidad de tamaño entre los individuos de la población. Las regiones de ADN no codificante de mayor interés en genética forense son las denominadas regiones de ADN microsatélite. Se trata de pequeñas regiones ADN repetitivo en tándem (de 100-500 nucleótidos) compuestas por una secuencia (de 4-5 bases) que se repite en tándem n veces. Es precisamente el número de veces que se repite esta unidad de secuencia lo que presenta una gran variabilidad entre los individuos de una población. De aquí que a estas regiones se las denomine «STRs» (del inglés: «Short Tandem Repeats»: «pequeñas repeticiones en tándem»). Hoy en día, la mayoría de los análisis forenses de ADN se basan en el estudio simultáneo de un conjunto de 10 a 15 de estas regiones cortas distribuidas en los distintos cromosomas humanos. Un «perfil genético» no es más que el patrón de estos fragmentos cortos de ADN ordenados por su tamaño. Dicho patrón es fácilmente convertible en un sencillo código numérico muy fácil de almacenar, manejar y comparar, ofreciendo un alto poder de discriminación genética tanto en la identificación de vestigios biológicos de interés en la investigación criminal como en la investigación biológica de la paternidad” (Alonso Alonso, Antonio, “Conceptos Básicos de ADN Forense”, en *Nuevas Técnicas de Investigación del Delito. Intervenciones Corporales y ADN*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 1863. Para ampliar el punto, ver Farfán Espuny, María José, “Introducción a la Tecnología del ADN Aplicada en el Laboratorio Forense”, en *Avances y Aplicación de las Técnicas del ADN en la Biología Forense*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 3934 y sgtes.).

sonas. Estos perfiles individuales, a su vez, se cargan y almacenan temporariamente en bases de datos de alcance nacional, que son administradas por distintos entes de Gobierno. Del mismo modo, se almacenan perfiles de ADN que se obtienen del análisis forense de evidencias recogidas en distintas escenas del crimen (Ej.: tejidos, sangre, pelos, etc.). La posterior comparación entre el perfil de ADN que se obtiene del análisis de estas evidencias y los perfiles individuales ya cargados en esas bases de datos puede arrojar una coincidencia (*match*). En ese caso, el presunto autor del delito queda identificado.

Una revisión del tratamiento que se da en el derecho comprado a esta materia nos muestra la existencia de un complejo y detallado cuerpo normativo y jurisprudencial. La cuestión, además, es objeto de intensos debates académicos y políticos en diversas partes del mundo. Especialmente debatida se encuentra la necesidad o no de incrementar el uso de información genética por parte de los diversos gobiernos, así como la de definir con precisión el alcance de la protección del derecho a la privacidad de ese tipo de información para el caso de las personas que no hayan sido condenadas por la comisión de un delito.

En nuestro país, el tema ha comenzado a ser objeto de diversas iniciativas legislativas a nivel provincial<sup>5</sup>. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha llegado a proponer la creación de un registro de ADN de alcance universal, en el que aun los recién nacidos estarían obligados a someterse al proceso de obtención de perfiles de ADN, los que serían posteriormente almacenados en esa base de datos<sup>6</sup>. No puede menos que aplaudirse

---

<sup>5</sup> Es el caso de la provincia de Córdoba (Ley 9.217). En Entre Ríos (Ley 9.460) y Corrientes (Ley 5.756) se han creado registros de huellas genéticas con fines de identificación de recién nacidos. En el ámbito nacional, la cuestión se limita a la existencia de un Banco Nacional de Datos Genéticos destinado exclusivamente al esclarecimiento de delitos de lesa humanidad (ver Ley 26.548).

<sup>6</sup> Ver “Tomarían muestras de ADN a todos los recién nacidos”, en *La Nación*, 30 de marzo de 2010, en el que se hace referencia a un proyecto de ley para la creación de un registro de huellas genéticas digitalizadas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires elaborado por diputados del PRO.

este tipo de iniciativas que promueven el uso de modernas herramientas, potencialmente indispensables en el ámbito de la investigación criminal. Sin embargo, teniendo en cuenta la relevancia del tema y los complejos problemas constitucionales que suscitan tanto la existencia de este tipo de bases de datos, como el uso de la información genética en el ámbito penal, corresponde analizar cuidadosamente la cuestión. Para ello, resulta de fundamental importancia demostrar la existencia del derecho a la privacidad o intimidad de la información genética y delimitar su alcance con precisión, ya que a nivel doctrinario, existen discrepancias y múltiples definiciones con relación a este derecho<sup>7</sup>.

El aprovechamiento de nuevas herramientas científicas que permitan prevenir y combatir el delito es, ciertamente, un objetivo legítimo para cualquier Gobierno. Sin embargo, no es menos cierto que en un sistema constitucional respetuoso de los derechos inherentes al ser humano, toda iniciativa gubernamental relacionada con el genoma tendría que tener como límite preciso y necesario el respeto a la integridad corporal de las personas, así como la protección de la información sensible que contiene el ADN y que confiere características únicas al derecho a la intimidad o privacidad de la información genética.

En el presente trabajo, intentaremos señalar algunos lineamientos básicos que deben tomarse en cuenta, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, en relación con este tipo de iniciativas en nuestro país. Hemos dividido este trabajo en tres partes. En la primera, haremos un repaso de la experiencia de diversos países que han regulado la existencia de bases de datos de ADN. En la segunda parte, analizaremos algunas discusiones que ha disparado el uso de esas bases de datos en Europa y Estados Unidos. En la tercera y última parte, intentaremos demostrar que el derecho a la privacidad de la información genética es uno de los derechos no

---

<sup>7</sup> Cfr. Badeni, Gregorio, “Derecho a la salud y el uso autólogo de las células madre”, en *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2009, p. 9.

enumerados a los que se refiere el artículo 33 de la Constitución Nacional y que merece debida protección. Asimismo, en esa parte daremos una definición precisa acerca de su alcance. Finalmente, daremos nuestras conclusiones y propondremos los recaudos que deberían observarse para un adecuado tratamiento de esta cuestión en nuestro país.

## 1. La legislación comparada

Como señalamos en la Introducción, el análisis forense de ADN produjo un cambio profundo a nivel mundial en la forma en que se examina la validez científica de diversas pruebas y evidencias en el sistema judicial, en especial cuando esta técnica empezó a combinarse con el uso de las bases de datos<sup>8</sup>. De ahí que varios países del denominado Primer Mundo apliquen regularmente distintos procedimientos de obtención de muestras biológicas y perfiles de ADN para la resolución de casos criminales, los que luego son almacenados en bancos de datos de diversa índole y alcance. Esta realidad global se traduce en que ningún Gobierno que haya legislado sobre el tema revirtió luego su postura inicial, ni limitó el alcance de las pruebas y evidencias a ser alcanzadas por esa regulación, sino todo lo contrario: la regla mundial con cada nueva ley que se dicta es la expansión del contenido de las bases de datos de ADN<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Al respecto, ver Asplen, Christopher H. & Lane, Smith A., "The Non-Forensic Use of Biological Samples Taken for Forensic Purposes: An International Perspective", en *American Society of Law, Medicine & Ethics* (2006), en [http://www.aslme.org/dna\\_04/spec\\_reports/asplen\\_non\\_forensic.pdf](http://www.aslme.org/dna_04/spec_reports/asplen_non_forensic.pdf) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>9</sup> Cfr. Asplen & Lane, "The Non-Forensic Use...", p. 3. La frase completa en idioma original es la siguiente: "This is a global dynamic. A testament to the crime solving power of DNA technology is the fact that no government, having established a forensic DNA Database, has ever reversed course and reduced the scope of inclusion for that database. Expansion of criteria for database inclusion has been the only direction taken by jurisdictions in amending or updating their forensic DNA laws" (ob. cit., p. 3).

La cuestión plantea miradas diversas. Por un lado, la que sostiene la necesidad de la utilización de métodos científicos modernos para combatir adecuadamente el delito. Por el otro, la que se enfoca en la necesidad de establecer, de forma precisa, qué límites tiene que tener la interferencia gubernamental en la esfera privada de todo ciudadano, así como qué tipo de justificaciones y principios deben guiar el accionar gubernamental en esta materia.

Al respecto, resulta necesario hacer un breve repaso de lo que ocurre en otros países en los que ya se ha legislado sobre esta cuestión. No puede negarse la utilidad intrínseca que tiene el derecho comparado, cuando se lo utiliza correctamente. Por ello, resulta necesario efectuar ciertas precisiones acerca de la experiencia de algunos países que ya han regulado cuestiones similares a las que se propone adoptar en la Argentina. A tal fin, nos limitaremos a hacer un repaso de las leyes más importantes dictadas por el Reino Unido, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Holanda, España y Canadá, sin perjuicio de aclarar que existen muchos otros ejemplos que pueden ser consultados<sup>10</sup>.

### **a. Reino Unido**

En 1988, la prueba de ADN fue usada por primera vez en Inglaterra para resolver un resonado caso policial<sup>11</sup>. A partir de entonces, el Reino Unido ha sido uno de los pioneros en la utilización de este método de identificación forense en el ámbito judicial, en especial en el marco de investigaciones criminales. El Parlamento británico ha dictado un complejo cuerpo normativo

---

<sup>10</sup> Al respecto, ver Guillén Vázquez, Margarita, “Bases de Datos de ADN con Fines de Investigación Penal. Especial Referencia al Derecho Comparado”, en *Nuevas Técnicas de Investigación del Delito. Intervenciones Corporales y ADN*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 1990; Hindmarsh, Richard & Prainsack, Barbara (editores), *Genetic Suspects: Global Governance of Forensic DNA Profiling and Databasing*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, pp. 153 y sgtes.; etc.

<sup>11</sup> Nos referimos al caso que derivó en la condena de Colin Pitchfork.

que regula la extracción y análisis de ADN y ha creado una de las bases nacionales de datos de ADN más extensas del mundo.

La *Police and Criminal Evidence Act* (PACEA) regula, entre muchas otras cuestiones, la obtención de huellas digitales y muestras de ADN por parte de la policía británica<sup>12</sup>. La PACEA permite la obtención de huellas digitales y muestras de ADN de cualquier persona que fuera arrestada por la policía británica. En su actual redacción, el artículo 64 de la PACEA establece que las muestras y perfiles de ADN pueden ser retenidos sin límite de tiempo, aun cuando las personas arrestadas no hayan sido posteriormente acusadas o condenadas por la comisión de un delito. La política seguida por la policía británica es la de mantener esa información, incluida la huella genética digitalizada, hasta que la persona alcance los 100 años o hasta la fecha de su fallecimiento.

En 1995 se estableció en el Reino Unido la primera base nacional de datos de ADN (la *National DNA Database* o “NDNAD”). Si bien no hubo una norma especial que dispusiera la creación de la NDNAD, lo cierto es que, producto de su aceptación general, se ha ido expandiendo de forma sistemática a través de diversas leyes que modificaron la PACEA<sup>13</sup>. Entre otras, se destacan: (i) la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, que regula los casos en los que corresponde la extracción de muestras biológicas para la elaboración de perfiles de ADN<sup>14</sup>; y (ii) la *Criminal Justice and Police Act* de 2001, que establece la obligación de guardar de

---

<sup>12</sup> La PACEA fue dictada en 1984 y ha sufrido numerosas modificaciones. Se puede consultar el texto actualizado en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1984/pdf/ukpga\\_19840060\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1984/pdf/ukpga_19840060_en.pdf) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>13</sup> Para una historia detallada de la evolución de la NDNAD ver Nydick, Craig, “The British Invasion (Of Privacy): DNA Databases in the United Kingdom and United States in the Wake of the Marper Case”, en *Emory International Law Review*, Vol. 23, pp. 613 a 616 (2009).

<sup>14</sup> En algunos casos, la extracción de muestras biológicas se puede efectuar por las propias autoridades policiales, sin el consentimiento de las personas involucradas. Al respecto, ver los artículos 54, 55 y siguientes de esta ley en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/ukpga\\_19940033\\_en\\_7#pt4-pb1-11g54](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/ukpga_19940033_en_7#pt4-pb1-11g54) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

forma indefinida los perfiles de ADN, aun de aquellas personas que no hayan sido condenadas por delito alguno<sup>15</sup>.

En los últimos años, se ha planteado en Inglaterra la discusión de si convenía o no tener una base universal de datos, similar a la que se propone crear a través del proyecto de ley. Esta base de datos contendría la información genética de todos los ciudadanos británicos, así como la de los extranjeros que visiten suelo inglés “aunque sea por un fin de semana”<sup>16</sup>. Hasta la fecha, esta propuesta no ha sido receptada por el Parlamento británico.

Al 31 de marzo de 2009, la NDNAD contenía en su base de datos el perfil de ADN de 4.859.934 (cuatro millones ochocientos cincuenta y nueve mil novecientos treinta y cuatro) personas<sup>17</sup>.

## **b. Nueva Zelanda**

Nueva Zelanda fue uno de los primeros países del mundo en haber legislado respecto de la creación de una base nacional de datos de ADN. Esta base de datos consiste, en realidad, en la combinación de otras dos: la *National DNA Database* (NDD), que contiene perfiles de ADN elaborados sobre la base de muestras biológicas de individuos, y la *Crime Sample Database*, que contiene perfiles de ADN obtenidos luego del análisis de evidencias recuperadas en las diversas escenas del crimen<sup>18</sup>. Esta base de datos es administrada por una sociedad de responsabilidad limitada, *The Institute of Environmental Science and Research*, en representación de la policía neozelandesa.

<sup>15</sup> Ver [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/ukpga\\_20010016\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/ukpga_20010016_en_1) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>16</sup> Nydick, “The British Invasion...”, p. 640.

<sup>17</sup> National DNA Database, *Annual Report (2007-2009)*, p. 5. Este es el último reporte publicado.

<sup>18</sup> Ver The Institute of Environmental Science and Research, “A Brief History of Forensic DNA (1990-2010)”, en <http://www.esr.cri.nz/SiteCollectionDocuments/ESR/PDF/ForensicScience/Forensic20yearsDNA.pdf> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

La NDD fue creada en 1995 por medio de la *Criminal Investigations (Blood Samples) Act*, que además regula la extracción de muestras biológicas para análisis de ADN<sup>19</sup>. Esta ley fue modificada en 2003 por la *Criminal Investigations (Bodily Samples) Act*, que amplió el tipo de muestras biológicas que se pueden tomar a fin de elaborar perfiles de ADN. Actualmente, la cuestión se encuentra regulada por la *Criminal Investigations (Bodily Samples) Amendment Act* de 2009<sup>20</sup>. Esta última norma amplía la categoría de delitos que requieren que acusados y condenados entreguen, aun por la fuerza, muestras biológicas para la elaboración de sus perfiles de ADN.

De acuerdo a la legislación vigente en Nueva Zelanda, todas las muestras biológicas deben ser destruidas una vez obtenido el perfil de ADN. A su vez, los perfiles de ADN pueden ser eliminados de la NDD en caso (i) que se retiren los cargos contra la persona acusada o (ii) que, habiendo sido condenada por un tribunal de justicia, ésta sea finalmente absuelta por una instancia judicial superior.

El uso del ADN como método forense para combatir el delito tiene gran apoyo popular en Nueva Zelanda<sup>21</sup>. Al 30 de junio de 2009, la NDD contenía en su base de datos el perfil de ADN de 97.585 (noventa y siete mil quinientos ochenta y cinco) personas<sup>22</sup>.

### **c. Estados Unidos**

En 1989, el estado de Virginia estableció la primera base de datos de ADN en los Estados Unidos. Diez años después, los

---

<sup>19</sup> Para una detallada explicación de la evolución legislativa en Nueva Zelanda ver Veth, Johanna S. & Midgley, Gerald, "Finding the Balance: forensic DNA profiling in New Zealand", en Hindmarsh & Prainsack (editores), *Genetic Suspects...*, pp. 291 y sgtes.

<sup>20</sup> Ver <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0046/latest/whole.html#d1m1829219> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>21</sup> Cfr. Veth & Midgley, "Finding the Balance...", p. 307.

<sup>22</sup> *Annual Report 2009. Institute of Environmental Science and Research*, p. 32. El de 2009 es el último reporte publicado.

cuarenta y nueve estados restantes habían dictado legislación para autorizar la conformación de bases de datos de ADN, generalmente para condenados por determinados delitos (especialmente, crímenes violentos o sexuales). En líneas generales, la legislación de los distintos estados norteamericanos obliga a las personas condenadas a que se les extraiga sangre o saliva luego de dictada la sentencia respectiva, o al momento de abandonar la cárcel por haber cumplido el plazo de condena. Actualmente, diversos estados están modificando su legislación para (i) ampliar el tipo de delitos que requiere la obtención de un perfil de ADN y (ii) incluir a las personas arrestadas dentro del grupo de personas obligadas a entregar su información genética<sup>23</sup>.

En 1998 se pone en marcha el *Combined DNA Index System* (CODIS) a cargo del *Federal Bureau of Investigation* (FBI). El CODIS integra el *National DNA Index System* (NDIS), que es la base nacional de datos compuesta por perfiles elaborados sobre la base de muestras biológicas obtenidas en escenas de crimen (Ej.: sangre, pelos, etc.) y de aquellos perfiles de ADN de personas condenadas. Previamente, la *DNA Identification Act* de 1994 otorgó formalmente autoridad al FBI para administrar esa base de datos, en la que actualmente todos los estados norteamericanos colaboran e intercambian información con el Gobierno federal.

El uso de medios científicos como el análisis de ADN para la resolución de casos criminales tiene gran aceptación en Estados Unidos. Tal como se explica en la Sección 11 de la *DNA Analysis Backlog Elimination Act* dictada en el año 2000, los análisis de ADN se han convertido en la técnica forense más confiable a la hora de resolver casos criminales en los que se encuentra material

---

<sup>23</sup> Nydick, "The British Invasion...", p. 635. Para fines de 2009, eran 21 los estados los que habían dictado leyes autorizando la extracción de muestras biológicas y elaboración de perfiles de ADN de personas arrestadas por la comisión de ciertos delitos: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, New Mexico, North Dakota, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Vermont y Virginia.

biológico en la escena del crimen: debido a su precisión científica, en muchos casos, el análisis de ADN resulta determinante en el ámbito judicial norteamericano para establecer la culpabilidad o la inocencia de la persona acusada de haber cometido un delito<sup>24</sup>.

En los Estados Unidos ocurre algo similar a lo que ocurrió en Gran Bretaña en cuanto a la expansión de sus bases de datos. Al igual que la legislación estadual, la legislación federal estadounidense fue ampliando el universo de personas a las que se les debe extraer una muestra biológica para elaborar un perfil de ADN. La *DNA Fingerprint Act* de 2005 permite la recolección de muestras de ADN de personas arrestadas por un delito de carácter federal, así como por cualquier extranjero detenido por autoridad federal competente. Esta ley entró en vigencia el 9 de enero de 2009.

La *DNA Fingerprint Act* establece que en caso (i) que una condena quede sin efecto por orden de autoridad judicial competente o (ii) que la persona acusada sea finalmente sobreseída, se puede solicitar la eliminación del NDIS de los perfiles de ADN previamente obtenidos<sup>25</sup>. Sin embargo, se afirma que “poca duda puede haber de que, al igual que en el Reino Unido, el propósito último de la Ley es incrementar el número de perfiles en el NDIS y hacer que la obtención de muestras y perfiles de ADN se convierta en algo mucho más común”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Public Law 106-546, 19 de diciembre de 2000, 114 Stat. 2735.

<sup>25</sup> La Sección 1002 de la *DNA Fingerprint Act* de 2005 dispone lo siguiente: “The Director of the Federal Bureau of Investigation shall promptly expunge from the index described in subsection (a) the DNA analysis of a person included in the index (i) on the basis of conviction for a qualifying Federal offense or a qualifying District of Columbia offense [...], if the Director receives, for each conviction of the person of a qualifying offense, a certified copy of a final court order establishing that such conviction has been overturned; or (ii) on the basis of an arrest under the authority of the United States, if the Attorney General receives, for each charge against the person on the basis of which the analysis was or could have been included in the index, a certified copy of a final court order establishing that such charge has been dismissed or has resulted in an acquittal or that no charge was filed within the applicable time period” (ver 119 Stat. 2960, pp. 3084 y 3085).

<sup>26</sup> Nydick, “The British Invasion...”, p. 638.

El NDIS es la base de datos de ADN más extensa del mundo. A julio de 2010, contaba con 8.649.605 (ocho millones seiscientos cuarenta y nueve mil seiscientos cinco) perfiles de personas acusadas y/o condenadas por haber cometido un delito<sup>27</sup>.

#### **d. Holanda**

Holanda también fue uno de los primeros países en legislar activamente sobre esta cuestión. En 1994 se dictó la *Forensic DNA Typing Law*, que permitía la extracción de muestras biológicas de sospechosos de haber cometido delitos graves (Ej.: aquellos cuyas penas superaran los 8 años de prisión). Sin embargo, toda vez que el artículo 11 de la Constitución holandesa establece que toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su cuerpo, esa misma ley estableció diversas garantías para asegurar que solamente se pudiera extraer muestras biológicas de ADN cuando esta prueba fuera indispensable para resolver el caso, incluyendo el requerimiento, previo y reiterado, para que la persona coopere voluntariamente con la extracción.

En 2001, se dictó la *Forensic DNA Typing in Criminal Proceedings Amendment*, que modificó sustancialmente la legislación existente y amplió el tipo de delitos que requerían la extracción de ADN. La legislación holandesa se complementa con la *DNA Testing (Convicted Persons) Act* (la “DNA Testing Act”), que entró en vigencia el 1 de febrero de 2005. Según esta nueva ley, las personas condenadas por ciertos delitos también están obligadas a entregar muestras de ADN a las autoridades competentes<sup>28</sup>.

El artículo 67 del Código de Procedimiento Penal Holandés establece cuáles son los delitos que están alcanzadas por la DNA

<sup>27</sup> Cfr. <http://www.fbi.gov/hq/lab/codis/clickmap.htm> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>28</sup> Para ampliar el punto, ver Toom, Victor, “DNA Fingerprinting and the Right to Inviolability of the Body and Bodily Integrity in the Netherlands: Convincing Evidence and Proliferating Body Parts”, en *Journal of Genomics, Society & Policy*, Vol. 2, Nro. 3, p. 64 y sgtes. (2006).

Testing Act: todos aquellos que prevean la detención del acusado antes del juicio. Esto es, todos aquellos delitos cuya pena máxima establecida por ley alcance al menos los 4 años de prisión, así como aquellos delitos de menor pena previamente determinados (Ej.: el abuso físico no agravado). Todas las personas condenadas por estos delitos, sin importar a cuántos años de prisión hayan sido condenados, están obligadas a entregar una muestra biológica para análisis de ADN. A tal fin, la DNA Testing Act establece como único método aplicable la extracción de saliva.

La DNA Testing Act establece que las muestras de ADN y los perfiles correspondientes deben ser guardados (i) hasta un máximo de 30 años en el caso de determinados delitos graves (Ej.: aquellos que prevean una pena mínima de 6 años de prisión) y (ii) hasta 20 años para el resto de los delitos. Solamente pueden ser destruidas las muestras y removidos los perfiles cuando las condenas sean dejadas sin efecto por una instancia judicial superior.

El análisis de las muestras biológicas y la elaboración de los perfiles de ADN son llevados a cabo por el *Netherlands Forensic Institute*, que administra la base nacional de datos de ADN. A junio de 2010, según la información que pudimos recabar, esta base de datos contaba con más de 100.000 (cien mil) perfiles de ADN<sup>29</sup>.

### **e. España**

España fue uno de los países europeos que más tardó en legislar sobre la materia. En octubre de 2007, el Parlamento español dictó la Ley Orgánica Nro. 10/2007 (la “Ley Orgánica”), que regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN<sup>30</sup>. El principal objetivo de la Ley Orgánica es

---

<sup>29</sup> Cfr. [http://www.dutchnews.nl/news/archives/2010/06/dna\\_database\\_has\\_100000\\_names.php](http://www.dutchnews.nl/news/archives/2010/06/dna_database_has_100000_names.php) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>30</sup> Ley Orgánica 10/07, *Boletín Oficial del Estado*, martes 9 de octubre de 2007, Nro. 242, p. 40969.

(i) determinar los sujetos que pueden ser investigados mediante intervención corporal; (ii) establecer un listado de delitos a los que resulte aplicable el examen de ADN; y (iii) consolidar un sistema que permita unificar las distintas bases de datos policiales existentes en ese momento<sup>31</sup>.

Con respecto a la integración de las distintas bases de datos existentes, la Ley Orgánica establece en su artículo 1ro. lo siguiente: “se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas”<sup>32</sup>.

A su vez, el artículo 3 de la Ley Orgánica establece la obligación de inscribir en la base de datos de ADN la información que a continuación se detalla: (i) “los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada [...]”; y (ii) “los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Tanto la Policía Nacional como la Guardia Civil administraban sendas bases de datos o “ficheros” (Cfr. Guillén Vázquez, “Bases de Datos de ADN...”, p. 2009 y sgtes.).

<sup>32</sup> Ley Orgánica 10/07, *Boletín Oficial*..., p. 40970.

<sup>33</sup> Ídem. La Ley Orgánica aclara expresamente que la inscripción en la base de datos de los perfiles de ADN no precisa del consentimiento del afectado.

Los perfiles de ADN se pueden conservar en la base de datos (i) hasta el plazo de prescripción del delito; (ii) hasta el plazo fijado para la “cancelación de 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”. La Ley Orgánica dispone, además, que debe removerse todo perfil de ADN cuando queden firmes las sentencias que disponen el sobreseimiento o la sentencia absolutoria respecto de un sospechoso<sup>34</sup>.

Cabe destacar que España es parte del Tratado de Prüm junto con Alemania, Austria, Bélgica, Francia y los Países Bajos. Por medio de este tratado, los países mencionados acordaron cooperar en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Este tratado permite a los estados parte compartir la información incluida en las respectivas bases de datos de ADN<sup>35</sup>.

## f. Canadá

La creación del *National DNA Data Bank* de Canadá (NDDDB) fue autorizada por la *DNA Identification Act* de 1998<sup>36</sup>. El NDDDB se estableció el 30 de junio de 2000 y se compone de dos índices: (i) el *Convicted Offenders Index* (COI) y (ii) el *Crime Scene Index* (CSI)<sup>37</sup>. El COI se integra con los perfiles de ADN de personas condenadas por determinados delitos. A su vez, el CSI se

<sup>34</sup> Ley Orgánica 10/07, artículo 9, *Boletín Oficial*..., p. 40971.

<sup>35</sup> Al respecto, ver Gómez Sánchez, Yolanda, “Los datos genéticos en el Tratado de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nro. 7, Enero-Junio de 2007, p. 137.

<sup>36</sup> Cada cinco años, algunas comisiones del Parlamento canadiense revisan el funcionamiento de esta ley para ver si necesita algún tipo de actualización. La última revisión fue realizada en junio de 2009 y puede consultarse en [http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection\\_2009/parl/XC76-402-1-1-01E.pdf](http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection_2009/parl/XC76-402-1-1-01E.pdf) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>37</sup> El NDDDB es operado por la *Royal Canadian Mounted Police*. Para ampliar información acerca del NDDDB ver su página web: <http://www.nddb-bndg.org>.

compone de perfiles de ADN elaborados sobre la base de muestras obtenidas en diversas escenas del crimen<sup>38</sup>.

La obtención de muestras biológicas y la elaboración de perfiles de ADN requieren orden judicial previa, conforme se especifica en la *DNA Identification Act* y en el Código Penal canadiense<sup>39</sup>. Actualmente, la legislación canadiense obliga a los jueces a requerir la extracción de una muestra biológica y la elaboración del perfil de ADN correspondiente solamente para el caso de los delitos más graves, entre los que se incluye el homicidio, el secuestro y el asalto sexual con un arma. Para el resto de los delitos, la elaboración de un perfil de ADN queda a criterio del Poder Judicial<sup>40</sup>.

La *DNA Identification Act* establece que las muestras biológicas y los perfiles de ADN de un condenado se deben conservar hasta el cumplimiento del plazo de condena y/o hasta la fecha en que la sentencia condenatoria sea revocada en una instancia judicial superior. Vencido el plazo, los perfiles deben ser removidos del COI y las muestras deben ser destruidas. Cada semana se elimina un promedio de 10 a 20 perfiles de ADN y se destruyen otras tantas muestras biológicas almacenadas en el CSI<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Al respecto, ver The National DNA Data Bank of Canada, *Annual Report (2008-2009)*, Ontario, 2009, pp. 5 y 6.

<sup>39</sup> El Código Penal canadiense permite la extracción de una muestra biológica a una persona acusada de cometer un delito con el fin de compararla con las evidencias que se hubieren obtenido en la escena del crimen. Esta extracción requiere autorización judicial previa bajo estrictas condiciones. Si el ADN del acusado no coincide, la muestra, los análisis y los informes correspondientes deben ser inmediatamente destruidos. Para ampliar el punto ver Penney, Steven & Maryniuk, Jonathan, "Forensic DNA Identification and Canadian Criminal Law", en *Hosei Riron Journal of Law & Politics*, Vol. 41, Nro. 1, p. 94 (2008).

<sup>40</sup> El Código Penal canadiense es el que establece la lista delitos que requieren eventualmente la obtención de un perfil de ADN de un condenado, incluyendo delitos contra las personas y contra la propiedad. La lista completa puede consultarse en [http://www.nddb-bndg.org/forms/Designated%20Offences\\_e.pdf](http://www.nddb-bndg.org/forms/Designated%20Offences_e.pdf) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>41</sup> The National DNA Data Bank of Canada, *Annual Report...*, p. 7. Los perfiles de ADN y las muestras biológicas solo pueden ser utilizados para los fines específicamente previstos en la *DNA Identification Act*. Todo otro uso queda prohibido y está penado por ley.

El COI contaba, al 31 de marzo de 2009, con 158.493 (ciento cincuenta y ocho mil cuatrocientos noventa y tres) perfiles de personas condenadas por haber cometido un delito y el CSI con 48.268 (cuarenta y ocho mil doscientos sesenta y ocho) perfiles obtenidos en escenas del crimen<sup>42</sup>.

## 2. Críticas, conflictos y planteos

La legislación reseñada en el punto anterior, así como el alcance que tienen actualmente algunas de las bases de datos de ADN existentes, no está libre de críticas y cuestionamientos en varios países. Por el contrario, han sido criticadas y cuestionadas desde ángulos muy diversos, tanto por organizaciones no gubernamentales como por la comunidad académica y científica<sup>43</sup>. En una reciente declaración ante el Parlamento Británico, el propio inventor del perfil de ADN, Sir Alec Jeffreys, criticó duramente la inclusión de personas inocentes en este tipo de bases de datos. Jeffreys afirmó, entre otras cosas, que existía la posibilidad (remota) de que se dieran casos de falsas coincidencias entre perfiles de ADN y muestras biológicas obtenidas en escenas del crimen<sup>44</sup>.

En algunas ocasiones, estos cuestionamientos derivaron en importantes decisiones judiciales. Siguiendo con el caso británico, por ejemplo, la postura del Gobierno motivó una denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que fue tratada en el caso “S. & Marper v. United Kingdom”, de fecha 4 de diciembre de

---

<sup>42</sup> Cfr. The National DNA Data Bank of Canada, *Annual Report...*, p. 8.

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, Wallace, Helen, “The UK National DNA Database. Balancing crime detection, human rights and privacy”, en *European Molecular Biology Organization Reports*, Vol. 7, p. 26 y sgtes. (2006).

<sup>44</sup> Ver <http://www2.le.ac.uk/ebulletin/news/2010-2019/2010/02/nparticle.2010-02-08.7635024432> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

2008<sup>45</sup>. El Tribunal Europeo intervino con motivo de una denuncia conjunta presentada en 2004. El fundamento de la denuncia era la negativa del Gobierno británico a destruir las huellas dactilares, muestras biológicas y perfiles de ADN de dos individuos, uno menor y otro mayor de edad, que habían sido acusados de cometer delitos menores y que, posteriormente, fueron absueltos de culpa y cargo<sup>46</sup>.

El Tribunal Europeo sostuvo en un fallo unánime que la legislación británica que autoriza la extracción y conservación de muestras de ADN, así como la conservación de los perfiles genéticos que se elaboren sobre la base de esas muestras, es desproporcionadamente amplia. El Tribunal entendió que la legislación británica violaba el derecho a la intimidad que protege el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, sostuvo que la naturaleza amplia e indiscriminada de los poderes del Gobierno no es aceptable en una sociedad democrática, ya que no establece un balance adecuado entre el interés público y los intereses privados en pugna.

La Corte de Estrasburgo hizo hincapié en que las muestras biológicas contienen gran cantidad de información sensible acerca de las personas, incluyendo información sobre su salud. En opinión del tribunal, la retención *per se* de muestras biológicas debe entenderse como una interferencia en el derecho de la privacidad de las personas. Adicionalmente, la Corte sostuvo que, a diferencia de las huellas dactilares, los perfiles de ADN tienen la capacidad de identificar relaciones genéticas entre las personas y

---

<sup>45</sup> Ver “S. & Marper v. United Kingdom”, Grand Chamber, Applications Nos. 30562/04 and 30566/04, en *European Human Rights Report*, vol. 48, p. 1169 (2009). El texto completo del fallo puede consultarse en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=marper%20%7C%20dna%20%7C%20profile&sessionid=57071718&skin=hudoc-en> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>46</sup> Para un análisis pormenorizado del caso ver Peterson, Anna, “S. v. United Kingdom: The European Court of Human Rights Overturns the United Kingdom’s Procedure for the Indefinite Retention of Unconvicted Persons’ Personal Data”, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 18, p. 557 (2010).

que esta sola circunstancia era motivo suficiente para concluir que la conservación de los perfiles de ADN también interfería con el derecho a la privacidad de las personas. Y, no menos importante, que los perfiles de ADN permiten inferir el origen étnico de una persona, lo que torna más sensible la información y, por ende, más susceptible de afectar el derecho a la privacidad.

En el fallo “S. & Marper” se reconoce que combatir el delito es un fin legítimo que el Gobierno perseguía con su política legislativa. Sin embargo, el tribunal plantea que el punto a decidir es otro: si la conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas acusadas de haber cometido un delito y que, finalmente, no son condenadas es o no necesario en una sociedad democrática. La Corte de Estrasburgo tuvo en cuenta que solamente Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte permiten la conservación indefinida de muestras y perfiles de ADN y que, por el contrario, el resto de los estados miembros de la Unión Europea prevén en su legislación la necesidad de destruir las muestras biológicas y remover los perfiles de ADN de sus bases de datos una vez que la persona es absuelta o que no es formalmente enjuiciada (sea en forma inmediata o después de un plazo determinado).

El Tribunal concluyó que el Reino Unido no había ponderado adecuadamente el balance que debe existir entre el fin legítimo perseguido y el derecho a la intimidad y la privacidad de las personas y que, por ende, violaba el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta decisión plantea que estos derechos se ven notoriamente debilitados cuando el uso de métodos científicos en el proceso criminal se permite a toda costa, sin medir cuidadosamente los beneficios de ese uso contra el impacto que tienen en importantes intereses de la vida privada.

La decisión dictada en el caso “S. & Marper” obligó al Reino Unido a revisar su legislación y su política de conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN. A tal fin, el *Constitution Committee* de la Cámara de los Lores emitió un reporte en febrero

de 2009, en el que recomendaba al Gobierno británico cumplir, de forma rápida y completa, con todas las recomendaciones efectuadas por la Corte de Estrasburgo<sup>47</sup>. Tal como plantea el Comité en cuestión, la recolección de datos personales por parte de autoridades estatales es uno de los aspectos que puede llegar a alterar la naturaleza de la ciudadanía en el Siglo XXI, en especial en lo que respecta a la relación entre el individuo y el estado<sup>48</sup>. No puede menos que compartirse en su totalidad una de las conclusiones del reporte en cuestión, en cuanto expresa que tanto el respeto a la privacidad, como la necesaria limitación que deben tener los poderes ejecutivo y legislativo en el uso de facultades relacionadas con la vigilancia y recolección de datos, son condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad e independencia de las personas<sup>49</sup>.

Como consecuencia de lo expuesto, el Parlamento británico modificó nuevamente la PACEA a través de la sanción de la *Crime and Security Act*<sup>50</sup>, que recibió el asentimiento real el 8 de abril de 2010<sup>51</sup>. Si bien es cierto que se reducen notoriamente los plazos de conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN, el alcance e impacto de esta nueva norma aún distan de ser claros.

En el caso de Estados Unidos, la expansión de las bases de datos a nivel estadual y federal para incluir perfiles de ADN de

---

<sup>47</sup> Ver House of Lords Constitution Committee, "Surveillance: Citizens and the State. Volume I: Report", en *HL Paper18-I*, 6 de febrero de 2009.

<sup>48</sup> House of Lords Constitution Committee, "Surveillance...", párrafo 6, p. 6.

<sup>49</sup> House of Lords Constitution Committee, "Surveillance...", párrafo 452, p. 103 ("We regard privacy and the application of executive and legislative restraint to the use of surveillance and data collection powers as necessary conditions for the exercise of individual freedom and liberty. Privacy and executive and legislative restraint should be taken into account at all times by the executive, government agencies, and public bodies").

<sup>50</sup> Ver [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga\\_20100017\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100017_en.pdf) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>51</sup> Tratándose de una monarquía constitucional, para que un proyecto se convierta en ley debe ser aprobado previamente por la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores y luego recibir el asentimiento real (ver House of Lords Briefing, *Bills and How They Become Law: The Stages of Legislation and Types of Bills*, House of Lords, Londres, 2009, p. 6).

personas arrestadas es objeto de un debate candente, que está lejos de haberse cerrado. A modo de ejemplo, obsérvese la decisión reciente en el caso “United States v. Mitchell”<sup>52</sup>, en el que la Corte Federal de Distrito de Pensilvania declaró inconstitucional la *DNA Fingerprint Act* en cuanto al requerimiento de que un arrestado tenga la obligación de someterse a la extracción de sangre o saliva para que esa muestra biológica sea posteriormente usada para elaborar un perfil de ADN. Para el tribunal, este requerimiento viola la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que reconoce el derecho a la inviolabilidad de las personas, sus domicilios, papeles y efectos personales, dejándolas a salvo de “pesquisas y aprehensiones arbitrarias”<sup>53</sup>.

La Corte Federal de Distrito de Pensilvania entendió que la extracción de sangre o saliva, así como la elaboración de un perfil genético, constituyen “pesquisas” (*searches*) contra las que las personas están protegidas por la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En consecuencia, correspondía aplicar un test de razonabilidad respecto de esta nueva ley. La conclusión del tribunal fue contundente: las personas que no han sido condenadas por la comisión de un delito tienen una alta expectativa de privacidad, aún respecto de su código genético. El tribunal rechazó específicamente la comparación entre una huella dactilar y un perfil de ADN. Al hacerlo afirmó que esta comparación constituye una “simplificación exagerada que ignora la información compleja, comprensiva e inherentemente privada que contiene una muestra de ADN”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> “United States of America v. Ruben Mitchell”, United States District Court, W.D. Pennsylvania, 681 F.Supp.2d. 597, 6 de noviembre de 2009.

<sup>53</sup> El texto de la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana es el siguiente: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

<sup>54</sup> 681 F.Supp.2d. 597, p. 608.

El tribunal federal entendió que el propósito del Gobierno de identificar a Mitchell era legítimo, pero que se podía satisfacer con una fotografía y una huella dactilar, sin que hubiera una necesidad imperiosa de extraer una muestra biológica y elaborar un perfil de ADN al solo efecto de identificar una persona. En cuanto al propósito de usar el ADN como elemento de investigación para el esclarecimiento de un crimen, el tribunal federal entendió que también era un propósito legítimo, pero que debía seguir una secuencia ordenada: luego de condenada una persona podía ser considerada constitucional<sup>55</sup>; antes no. Sin embargo, el tribunal afirmó que no encontraba razones de peso para interferir indebidamente en la legítima expectativa de privacidad de una persona y extender la posibilidad de hacer pesquisas (*searches*) a personas que hasta no ser condenadas se presumían inocentes, aun cuando hubieran sido arrestadas y estuvieran aguardando un juicio<sup>56</sup>.

Finalmente, aun cuando la *DNA Fingerprint Act* establece la posibilidad de eliminar los perfiles de ADN una vez que una persona resulta absuelta de culpa y cargo, el tribunal federal entendió que ninguna protección contenida en una ley respecto a la muestra biológica o al perfil de ADN obtenido podían deshacer la inconstitucionalidad de una pesquisa para obtener esa información. La cuestión a considerar es que el procedimiento en sí violaba la Constitución de los Estados Unidos<sup>57</sup>.

Los cuestionamientos no se agotan en la casuística judicial. Desde la óptica científica, se ha planteado que no sólo existe la

---

<sup>55</sup> Así lo consideran la mayoría de los tribunales federales norteamericanos, salvo la Corte Suprema que aún no ha dictado sentencia en un caso relacionado con extracción compulsiva de ADN de un condenado con fines de investigación criminal (Cfr. Henning, Anna C., "Compulsory DNA Collection: A Fourth Amendment Analysis", en *Congressional Research Service*, 16 de febrero de 2010, p. 10).

<sup>56</sup> 681 F.Supp.2d. 597, pp. 609 y 610. Al tribunal le pareció relevante el hecho de que las personas no pueden esconder o cambiar su información genética y que, por ende, no había necesidad de obtener un perfil de ADN con premura ("An individual is obviously unable to conceal or change the comprehensive information contained in his or her DNA, therefore there is no need for an expeditious search made in order to prevent the concealment of past criminality").

<sup>57</sup> 681 F.Supp.2d. 597, p. 610.

posibilidad de elaborar muestras biológicas sintéticas o artificiales (Ej.: sangre y saliva), sino que se las puede hacer coincidir con un perfil de ADN existente en una base de datos (siempre que se conozca de antemano la secuencia numérica de ese perfil). Todo ello, sin necesidad de extraer una muestra biológica de la persona a la que corresponde el perfil en cuestión y sin necesidad de contar con grandes conocimientos: apenas se requieren nociones básicas de biología molecular, un sencillo equipo de laboratorio, una computadora y acceso a Internet. Del mismo modo, se puede elaborar ADN sintético con un perfil que no se encuentre registrado. Una de las evidentes implicancias de este planteo es la posibilidad de “plantar” evidencia de ADN en una escena del crimen<sup>58</sup>.

Para ser válido, el uso de muestras o rastros de ADN como pruebas a ser consideradas en el ámbito judicial debe partir de una premisa particular: se debe asumir que el ADN es genuino, es decir, que se originó en material biológico natural. Sin embargo, un grupo de científicos ha demostrado que se puede desarrollar ADN sintético *in vitro*, con el perfil genético que se desee obtener<sup>59</sup>. Se afirma que con los procedimientos forenses estándar que hoy se aplican para el análisis de muestras biológicas para la obtención del perfil de ADN correspondiente, no se puede distinguir si el origen de la muestra es artificial. Por ende, el perfil que surja no puede distinguirse de un perfil de ADN genuino. La solución a este grave cuestionamiento sería adoptar un proceso de autenticación que sería sencillo de implementar (Ej.: análisis de metilación)<sup>60</sup>. Sin embargo, hasta donde hemos podido averiguar, ese tipo de procesos no se aplica regularmente en país alguno.

---

<sup>58</sup> Ver Pollack, Andrew, “DNA Evidence Can Be Fabricated, Scientists Show”, en *The New York Times*, 18 de agosto de 2009, <http://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>59</sup> Ver Frumkin, Dan, Wasserstrom, Adam, Davidson, Ariane & Graft, Arnon, “Authentication of forensic DNA samples”, en *Forensic Science International: Genetics*, Vol. 4, Nro. 2, p. 95 (2010).

<sup>60</sup> Cfr. Frumkin, Wasserstrom, Davidson & Graft, “Authentication...”, pp. 102 y 103.

### 3. El derecho a la privacidad o intimidad genética

A la luz de lo expuesto en el punto anterior, queda claro que en el ámbito europeo y norteamericano resulta indispensable que el legislador haga un balance adecuado entre el derecho a la privacidad e intimidad de las personas y el interés estatal en perseguir el delito y establecer la identidad de las mismas. Para aplicar este saludable criterio en nuestro país, tendríamos que demostrar previamente que el derecho a la privacidad o intimidad de la información genética está protegido en nuestro sistema constitucional, ya que no está expresamente contemplado en la primera parte de la Constitución Nacional, ni en tratado alguno de derechos humanos con jerarquía constitucional, de conformidad con lo previsto en su artículo 75, inciso 22.

¿Cuál es, entonces, el fundamento de este derecho en el ámbito constitucional argentino? Entendemos que se encuentra reconocido y amparado por el artículo 33 de nuestra Constitución, que dispone expresamente:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Sin embargo, aunque excede largamente el alcance de este trabajo, esta afirmación merece una precisión adicional, ya que el artículo 33 de la Constitución Nacional no protege todos y cada uno de los derechos no enumerados que podrían imaginarse. Por el contrario, a pesar de la amplitud del lenguaje utilizado por el constituyente (lo que suele llevar a confusión acerca de su alcance), el artículo 33 de nuestra Constitución se limita a proteger solamente los llamados “derechos naturales” de las personas.

Al respecto, permítasenos una importante digresión: la noción o idea de los derechos naturales ha generado diversos deba-

tes y controversias en el mundo académico, especialmente en el ámbito de la filosofía política, la historia y la filosofía del derecho. La literatura al respecto es tan voluminosa que resulta imposible abarcarla en un solo artículo. Sin embargo, vale la pena señalar algunas de las posturas más conocidas que se asumen en torno a esos debates. Veamos algunos ejemplos.

Hay autores que sostienen que los derechos naturales no existen: serían apenas un invento, “lenguaje terrorista”, mera “estupidez retórica, estupidez sobre zancos”<sup>61</sup>. Para otros, los derechos naturales tienen tal alcance que tornan ilegítima e indefendible cualquier noción de Estado<sup>62</sup>. Hay autores que sostienen que se tratan solamente de valores morales que no pueden probarse científicamente; por ende, no puede haber certeza acerca de los mismos<sup>63</sup>. Otros, en un plano menos controversial, han concluido que existen algunos derechos naturales, aunque difieren acerca de cuáles son<sup>64</sup>.

Especialmente debatida se encuentra la cuestión acerca del origen histórico de los derechos naturales. Para autores como Michel Villey, por ejemplo, el concepto de derechos naturales habría implicado una ruptura radical con el mundo antiguo, que siguiendo a Aristóteles, sólo habría aceptado la noción de derecho (*dikaion*, en griego y *ius*, en latín) en sentido objetivo, es decir, como un

---

<sup>61</sup> Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution”, en *The Works of Jeremy Bentham*, Tomo II, Simpkin, Marshall & Co., Edimburgo, 1843, pp. 500 y 501. Para Bentham, los únicos derechos que existen son *legales*, es decir que deben su existencia al gobierno.

<sup>62</sup> Paradigmática en este sentido es la prolífica obra de Murray Newton Rothbard. Al respecto, entre otros, sugerimos consultar *The Ethics of Liberty*, New York University Press, Nueva York, 1998, especialmente los capítulos 1 a 5 y 22 a 29.

<sup>63</sup> MacDonald, Margaret, “Natural Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Tomo 47, p. 250 (1947).

<sup>64</sup> Ver, por ejemplo, Hart, Herbert L.A., “Are There Any Natural Rights?”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 175 (1955); Brown, Jr., Stuart M., “Inalienable Rights”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 192 (1955); Frankena, William K., “Natural and Inalienable Rights”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 212 (1955).

mandato para hacer lo justo<sup>65</sup>. Villey sostiene que la noción de derechos subjetivos es una noción propia del mundo moderno<sup>66</sup>, que habría surgido gracias a una supuesta revolución en el lenguaje ocurrida a principios del Siglo XIV. El culpable de esa revolución sería Guillermo de Occam, quien habría desarrollado esta idea en el marco de la célebre polémica medieval en torno al ideal de pobreza de la orden franciscana<sup>67</sup>. Según Villey, en el curso de esta polémica, Occam modificó el uso del vocablo *ius* el que, a partir de entonces, habría perdido su carácter esencialmente objetivo, para adquirir un novedoso y radical carácter subjetivo e individual, reflejo de la filosofía nominalista profesada por Occam<sup>68</sup>.

Leo Strauss sugiere una idea similar a la de Villey, aunque ubica el cambio lingüístico 300 años después, junto con el nacimiento de la economía de mercado y el individualismo moderno. Para Strauss, entre los siglos XVII y XVIII se produce un quiebre en la tradición del derecho natural, a partir del cual deja de ponerse el énfasis del lado de los deberes naturales de los hombres para pasar, en cambio, a enfocarse en sus derechos naturales. El culpable de esa ruptura sería Thomas Hobbes, el “imprudente, dañi-

<sup>65</sup> Villey desarrolla su crítica en una larga serie de trabajos y libros, incluyendo, entre otros, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’ Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 9, p. 97 (1964).

<sup>66</sup> En un sentido similar, recuérdese que Marx sostenía que la noción de derecho subjetivo era una forma lingüística propia de la sociedad capitalista, mero fruto del egoísmo burgués (Marx, Karl, “On the Jewish Question”, en *The Portable Karl Marx*, Penguin Books, Nueva York, 1983, p. 105 y sgtes).

<sup>67</sup> El origen de la polémica en cuestión se remonta al año 1321, cuando el Papa Juan XXII comienza a cuestionar teológicamente y jurídicamente el alcance de la bula *Exiit qui seminat*, que defendía a la pobreza como parte de la fe cristiana y regulaba el estilo de vida de los frailes franciscanos. Para un análisis general de las distintas posturas sostenidas en el curso de esta polémica, ver Mäkinen, Virpi, *Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty*, Recherches de Théologie et Philosophie Médiévales, Bibliotheca, Vol. 3, Peeters, Leuven, 2001, pp. 143 a 173.

<sup>68</sup> Otros autores afirman que, en realidad, lo que Occam hizo fue dar justificación filosófica a ciertos derechos positivos preexistentes, cuyo origen sería consecuencia de actos de autolimitación de reyes y señores feudales que aceptaban liberar a sus siervos de ciertas obligaciones (ver Rommen, Heinrich A., “The Genealogy of Natural Rights”, en *Thought*, Tomo 29, p. 403 [1954]).

no e iconoclasta extremista”. Para Strauss, la noción de derechos naturales sería una creación moderna, consecuencia del deseo de auto-preservación alrededor de la cual se centra la teoría del autor del “Leviatán”<sup>69</sup>.

Las posturas de Strauss y Villey –que aún hoy concitan numerosos apoyos–, así como la de otros autores que sostienen teorías similares<sup>70</sup>, han sido rebatidas de forma convincente tanto por Charles Reid, como por Brian Tierney, una de las máximas autoridades en derecho medieval en los Estados Unidos. Ambos autores sostienen que la noción de derechos naturales es más antigua y su origen es menos radical de lo que se suele sugerir. En diversos trabajos demostraron que la revolución en el lenguaje que dio origen a la idea de los derechos naturales se dio a mediados del Siglo XII, en los trabajos de los decretistas Rufino y Huguccio de Pisa, cerca de 1160 y 1190, respectivamente<sup>71</sup>.

Estas no son las únicas discusiones que genera la cuestión. La relación que existe entre los derechos naturales y el Derecho Natural, también suscita diversas posturas. Algunos sugieren, por ejemplo, que se trataría de conceptos lógicamente incompatibles<sup>72</sup>; otros, por el contrario, sostienen que son conceptos perfectamente

<sup>69</sup> Strauss, Leo, *Natural Right and History*, 7ma. reimpresión, The University of Chicago Press, Chicago, 1971, p. 165 y sgtes. Strauss síndica a Hobbes como el fundador del liberalismo.

<sup>70</sup> Ver, por ejemplo Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Nueva York, 2002. En este libro, publicado originalmente en 1979, Tuck sostiene que el creador de la teoría de los derechos naturales fue Jean Gerson (*op. cit.*, p. 25 y sgtes).

<sup>71</sup> Ver, entre otros, Reid, Jr., Charles J., “The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry”, en *Boston College Law Review*, Tomo 33, p. 37 (1991); Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., Michigan, 1997, pp. 60 a 69 y pp. 175 a 203; “Historical Roots of Modern Rights: Before Locke and After”, en *Ave Maria Law Review*, Tomo 3, p. 23 (2005). Para una postura contraria, ver Fortin, Ernest, “On the Presumed Medieval Origin of Individual Rights”, en Hassing, Richard F. (editor), *Final Causality in Nature and Human Affairs*, en *Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, Tomo 30, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1997, p. 86 y sgtes.

<sup>72</sup> Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 4ta. edición, Ediciones Montchrestien, París, 1975, p. 227.

compatibles entre sí<sup>73</sup>; unos sugieren, además, que los derechos naturales derivan del concepto de Derecho Natural permisivo<sup>74</sup>; otros proponen hacer una distinción conceptual y normativa entre ambos<sup>75</sup>; etc.

Cualquiera sea la postura que se asuma en torno al origen de la idea de los derechos naturales, o a la relación entre éstos y el Derecho Natural, lo cierto es que se trata de un concepto clave para entender las dos grandes revoluciones que se producen a fines del Siglo XVIII y que dan origen al constitucionalismo. Nos referimos, naturalmente, a las revoluciones norteamericana y francesa, de las que surgieron sendos modelos constitucionales. La idea de proteger los derechos naturales está fuertemente ligada a ambas revoluciones. Sin embargo, los medios diseñados para su efectiva protección derivaron en sistemas o mecanismos constitucionales radicalmente opuestos.

Interés especial reviste el repasar la relación entre el concepto de derechos naturales y la Constitución de los Estados Unidos, ya que nuestra constitución abrazó decididamente el modelo de Filadelfia<sup>76</sup>. No hay duda alguna que los revolucionarios norteamericanos creían en la existencia de derechos inalienables, inherentes a las personas, esto es, derechos que los individuos tienen

---

<sup>73</sup> Black, Virginia, "On Connecting Natural Rights with Natural Law", en *Persona y Derecho*, Tomo 22, p. 183 (1990). El artículo de Black resulta de especial interés para un análisis de la cuestión desde la perspectiva clásica del derecho natural.

<sup>74</sup> Tierney, Brian, "Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches", en *The Review of Politics*, Tomo 64, Nro. 3, p. 389 (2002).

<sup>75</sup> Barnett, Randy E., "A Law Professor's Guide to Natural Law and Natural Rights", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Tomo 20, p. 655 (1997).

<sup>76</sup> A pesar de los intentos de cierta corriente doctrinaria que pretende disminuir el alcance de la influencia estadounidense en nuestra Constitución, junto con Ricardo Ramírez Calvo hemos demostrado que la Constitución de Estados Unidos de 1787 fue la fuente principal de inspiración de nuestro sistema constitucional y que de allí hemos tomado sus elementos determinantes (al respecto, ver García Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006 y *La Constitución Nacional y la Obsesión Antinorteamericana*, Virtudes, Salta, 2008).

en forma independiente de cualquier otro que pudiera otorgarles el Gobierno. Esos derechos, bajo los cuales se juzga la justicia o no de las decisiones u órdenes adoptadas por las autoridades gubernamentales, son los que los *Founding Fathers* denominaban como *natural rights* (derechos naturales)<sup>77</sup>. La consecuencia de esta concepción de derechos implica el reconocimiento de un ámbito de jurisdicción personal o una esfera de autonomía privada e individual en la que la persona tiene libertad de acción y elección, y que debe ser respetado tanto por el Estado como por el resto de los individuos. Esa noción de los *natural rights* fue reflejada en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>78</sup>, y de ahí fue tomada por nuestros constituyentes a la hora de redactar el artículo 33 de la Constitución Nacional<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Barnett, Randy E., *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 54.

<sup>78</sup> A pesar de lo expuesto, para la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Novena Enmienda es prácticamente letra muerta (ver, por ejemplo, la opinión del *Justice Scalia* en el caso “*Troxel v. Granville*” (530 U.S. 57, p. 91 [2000]): “the [Ninth Amendment’s] refusal to ‘deny or disparage’ other rights is far removed from affirming any one of them, and even further removed from authorizing judges to identify what they might be, and to enforce the judges’ list against laws duly enacted by the people”). Esa actitud de la Corte norteamericana ha generado un importante debate acerca de la Novena Enmienda que merece detenida consideración. Al respecto, entre muchos otros, ver Cooper, Charles J., “Limited Government and Individual Liberty: The Ninth Amendment’s Forgotten Lessons”, en *Journal of Law & Politics*, Vol. 4, p. 63 (1987); Barnett, Randy E., “Reconceiving the Ninth Amendment”, en *Cornell Law Review*, Tomo 74, p. 1 (1988); McAfee, Thomas B., “The Original Meaning of the Ninth Amendment”, en *Columbia Law Review*, Tomo 90, p. 1215 (1990); Lash, Kurt T., “The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment”, en *Texas Law Review*, Tomo 83, p. 597 (2005); Barnett, Randy E., “The Ninth Amendment: It Means What It Says”, en *Texas Law Review*, Tomo 85, p. 1 (2006); Lash, Kurt T., “A Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment”, en *Stanford Law Review*, Tomo 60, p. 895 (2008); Barnett, Randy E., “Kurt Lash’s Majoritarian Difficulty: A Response to a Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment”, en *Stanford Law Review*, Tomo 60, p. 937 (2008); McConnell, Michael W., “Natural Rights and the Ninth Amendment: How Does Lockeian Theory Assist in Interpretation?”, en *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 5, p. 1 (2010); etc.

<sup>79</sup> Cfr. de Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, p. 145; González Calderón, Tomo I, p. 387, etc. En realidad, la doctrina de los derechos naturales en nuestro país es tan antigua como la Revolución de Mayo de 1810. Se trataba, en realidad, de una corriente de ideas arraigada en todo el continente. Soto Cárdenas explica que “cuando se constituyeron las naciones latinoamericanas, se tuvo plena conciencia de que los nuevos estados se preocuparían primordialmente de resguardar ciertos derechos individuales, que se consideraron inherentes e inalienables del ser humano como tal. A este

En el Informe de la Comisión Examinadora, elaborado en 1860 en ocasión de la reforma de la Constitución de 1853, se recuerda que en la Declaración de Independencia de 1776, las colonias norteamericanas “reivindicaron los derechos del hombre, para constituirse en sociedad; libertades y declaración que están implícitas en nuestro derecho público y le sirven de base”<sup>80</sup>. En el Informe se explica que el artículo 33 “servía para fijar la interpretación de la Constitución misma, por sus principios fundamentales y objeto, contra los que querrían suponer que la letra autoriza restringir una libertad, o que lo que en la Constitución no está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor legal; con lo cual se pervierte el espíritu, se falsea el fin que consultan las Constituciones”<sup>81</sup>.

En consonancia con lo expuesto previamente, podemos afirmar que, en tanto libertad de contenido negativo<sup>82</sup>, el derecho a la privacidad de la información genética es uno de los derechos naturales de las personas. Por ende, se encuentra amparado en el artículo 33 de la Constitución Nacional. Si bien es cierto que el alcan-

---

conjunto de prerrogativas, se las llamó derechos individuales o derechos naturales. [...] Quienes lucharon por la independencia de América creyeron honestamente que se estaban esforzando por hacer de nuestro continente, considerado en su totalidad, una región en donde debían reinar, sin contrapeso, el más absoluto respeto por los derechos naturales” (Soto Cárdenas, Alejandro, *Influencia de la independencia de los Estados Unidos en la Constitución de las Naciones Latinoamericanas*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1979, p. 111).

<sup>80</sup> *Reforma Constitucional de 1860, Textos y Documentos Fundamentales*, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1961, p. 394.

<sup>81</sup> *Reforma de 1860...*, p. 393. Resulta paradójico que, en nuestra realidad diaria, sean los funcionarios públicos los que invoquen el principio de que “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Esta presunción de libertad que ampara a las personas, no es aplicable a los funcionarios públicos. Por el contrario, el principio que se les debiera aplicar a éstos es el siguiente: “todo lo que no está expresa o implícitamente permitido, está prohibido”. Para una correcta interpretación de la noción de poderes implícitos, que suele generar graves equívocos en la doctrina nacional, ver Ramírez Calvo, Ricardo, “Los poderes implícitos e inherentes del presidente de los Estados Unidos de América y su influencia en el derecho público argentino. Uso y abuso de la jurisprudencia estadounidense”, en *El Derecho*, Tomo 200, p. 469.

<sup>82</sup> Es decir que no requiere una prestación pecuniaria específica por parte del Estado y/o los particulares.

ce del derecho a la privacidad o intimidad no presenta contornos precisos, coincidimos con Badeni cuando explica que “más allá de las discrepancias y múltiples definiciones que existen acerca del derecho a la intimidad, en todas ellas se destaca la característica de otorgar a su titular la facultad de mantener en secreto ciertos aspectos de su vida. Se trata de una libertad que tiene el individuo para preservar la invulnerabilidad de aquellos matices de su vida que no se introducen en el marco de la convivencia social”<sup>83</sup>. Coincidimos, una vez más, con este prestigioso autor cuando señala que “existe un acuerdo generalizado en que la libertad de intimidad implica la posibilidad de mantener en secreto distintos aspectos de su vida, impidiendo que el Estado o los particulares se introduzcan en esa esfera sin su consentimiento. Brinda una idea de refugio, de ocultamiento, de sustracción al conocimiento de los demás. Este derecho [...] alcanza también al ADN de los individuos y su información genética”<sup>84</sup>.

El derecho a la intimidad genética puede ser definido como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética. Dicho en otras palabras, se trata de “la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella. Es un derecho básico que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter estrictamente personal. Mediante este derecho la persona se puede identificar y se individualiza como sujeto biológico y unidad genética dentro del orden jurídico”<sup>85</sup>.

Este carácter especial de la información genética fue reconocido por la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos

---

<sup>83</sup> Badeni, “Derecho a la Salud...”, p. 9.

<sup>84</sup> Badeni, “Derecho a la Salud...”, pp. 9 y 10.

<sup>85</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, *Derecho Genético*, 4ta. edición, Grijley, Lima, 2001, p. 231.

Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, del 16 de octubre de 2003. Esta Declaración reconoce que “los datos genéticos humanos son singulares por su condición de datos sensibles, toda vez que pueden indicar predisposiciones genéricas de los individuos, y que esa capacidad predictiva que presenta cualquier tipo de datos puede ser mayor en el caso de los datos genéticos, que no debemos de olvidar que es un determinado tipo de datos sanitarios, y esta especial importancia que presentan los datos genéticos, pasa porque su conocimiento puede tener consecuencias importantes para la familia, ya que pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas, y que pueden ser de vital importancia desde el punto de vista cultural para personas o grupos”<sup>86</sup>.

## Conclusiones

El uso adecuado de herramientas científicas modernas para combatir el delito puede ser, sin dudas, beneficioso y constituye un propósito legítimo de gobierno. Sin embargo, corresponde precisar las importantes limitaciones que tiene la autoridad gubernamental a la hora de legislar y juzgar sobre esta materia: en la Argentina, no es el Gobierno el que se autolimita frente a los individuos, concediendo graciosamente algunos derechos que pueden ser restringidos en cualquier momento y por el motivo que le plazca, sino que es el individuo el que ve limitada una parte de sus derechos para dar nacimiento al Estado y permitir así la vida en sociedad. Esta verdad de Perogrullo, es frecuentemente olvidada en nuestro país.

---

<sup>86</sup> Para acceder al texto completo de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos ver: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=17720&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

Sin embargo, debemos recordar que la Constitución Nacional reconoce una serie de derechos preexistentes e inviolables. De ahí que las facultades del Gobierno sean limitadas y estén ordenadas a asegurar el respeto de estos derechos. En ese marco, nuestro sistema constitucional garantiza desde sus orígenes una esfera individual de autonomía privada en la que ni el Gobierno ni el resto de los individuos puede entrar o interferir sin una debida justificación<sup>87</sup>. Ahí anida el derecho a la privacidad o intimidad de la información genética. En consecuencia, toda iniciativa legislativa, sea provincial o federal<sup>88</sup>, que se refiera a cuestiones relacionadas con el genoma humano debe reflejar siempre un adecuado tratamiento y protección de esa información.

¿Qué recaudos específicos deberían tomarse en cuenta en nuestro país a la hora de legislar o decidir casos relacionados sobre esta importante cuestión? Sánchez Viamonte afirmaba que “la autoridad no necesita garantías frente a la libertad. Dispone del poder público, del dinero público y, sobre todo, de la fuerza pública. Es la libertad la que necesita estar garantizada frente a la autoridad y, muy particularmente, frente al abuso de autoridad, siempre presunto”<sup>89</sup>. En ese espíritu, efectuamos las siguientes recomendaciones:

En primer lugar, entendemos que, sin el consentimiento previo y expreso de la totalidad de la población, no podría existir una base de datos de ADN de carácter universal. Hasta donde hemos podido averiguar, fuera del caso de Islandia<sup>90</sup>, no existe país en el

---

<sup>87</sup> No se trata de reconocer el carácter absoluto de los derechos que componen esa esfera individual, sino su carácter presuntivo. Para ampliar el punto, ver Barnett, Randy E., “Is the Constitution Libertarian?”, en *Cato Supreme Court Review. 2008-2009*, p. 15 y sgtes.

<sup>88</sup> En el presente, no emitimos opinión con relación al espinoso debate que podría generarse acerca de si los gobiernos locales tienen o no facultad para legislar en esta materia a la luz del reparto de competencias previsto en la Constitución nacional entre el gobierno federal y las provincias.

<sup>89</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 173.

<sup>90</sup> En 1998, el Parlamento islandés aprobó una ley que permitía la creación de una base de datos

mundo que haya establecido una base de datos de ADN de alcance universal. Solamente existen iniciativas concretas de este tenor por parte del Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos; y que, a la fecha de elaboración de este trabajo, no han sido concretadas. Las propuestas a las que hicimos referencia en la primera parte de este trabajo, para establecer en el Reino Unido una base de datos universal, en la que los perfiles de ADN se conserven de forma indefinida, han sido duramente criticadas y no han tenido un impulso serio a nivel legislativo. Se ha dicho que violan el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y que no se ajustan a lo dispuesto por la Corte de Estrasburgo en el caso “S. & Marper”<sup>91</sup>. Son numerosas las voces que se alzaron en Inglaterra en contra de esta iniciativa<sup>92</sup>, a la que se llegó a calificar como una “intromisión masiva en las libertades civiles”<sup>93</sup>.

En segundo lugar, entendemos que la obligación de someterse a una extracción de una muestra biológica con fines a la elaboración de un perfil de ADN para su almacenamiento en una base de datos debería limitarse solamente al caso de personas condenadas por haber cometido un delito. En este sentido, el principio de inocencia debe ser respetado a rajatabla. Tal como se explicara al

---

centralizada, con información genealógica, genética y médica individual de todos los ciudadanos de Islandia. Además, el Parlamento intervino en la celebración de un contrato exclusivo con la compañía biomédica *DeCode Genetics*, permitiéndole acceso a los registros nacionales de salud a cambio de una tarifa anual y de medicamentos gratuitos. No se trata de una base de datos destinada a la investigación criminal, sino solamente a la investigación científica. Para ampliar la información sobre este caso ver Lemonick, Michael D., “The Iceland Experiment”, en *Time*, 12 de febrero de 2006, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1158968-1,00.html> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>91</sup> Nydick, “The British Invasion...”, p. 641.

<sup>92</sup> En algunos casos, las objeciones que se plantearon eran índole meramente práctico (ver Nuffield Council on Bioethics, *The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues*, Cambridge Publishers, Cambridge, 2007, ver pp. 59 a 61).

<sup>93</sup> La cuestión tuvo amplia difusión en los medios. Entre otros, ver BBC News, “Mandatory DNA Database Rejected”, 23 de febrero de 2008, en [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/7260164.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7260164.stm) (última visita, 8 de septiembre de 2010).

tratar el caso “United States v. Mitchell”<sup>94</sup>, creemos que no existen razones de peso para interferir indebidamente en la legítima expectativa de privacidad de una persona, aun cuando hubieran sido imputadas de haber cometido un delito. Y es que, tal como dispone la Constitución Nacional, hasta tanto no sean condenadas, las personas imputadas se presumen inocentes.

En tercer lugar, no puede pasarse por alto la cuestión referida a la extracción compulsiva de una muestra biológica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció al respecto en los casos “Vázquez Ferrá”<sup>95</sup> y “Gualtieri Rugnone”<sup>96</sup>, en los que analizó la constitucionalidad o no de la extracción compulsiva de sangre a testigos o víctimas de un delito de lesa humanidad.

En “Vázquez Ferrá”, la mayoría de la Corte sostuvo que la extracción compulsiva de sangre de un testigo, que se negaba a que se le realizara esa extracción por medio del uso de la fuerza pública, resultaba violatoria “del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega”<sup>97</sup>.

En “Gualtieri”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el argumento de que la extracción compulsiva de sangre violara la integridad corporal de una víctima de un delito de lesa humanidad que se negaba a someterse a un proceso de extracción para averiguar sus relaciones de parentesco con sus presuntos captores. La Corte afirmó que “no es jurídicamente relevante plantear un conflicto de derechos, invocando el de la presunta víctima se-

---

<sup>94</sup> “United States of America v. Ruben Mitchell”, United States District Court, W.D. Pennsylvania, 681 F.Supp.2d. 597, 6 de noviembre de 2009.

<sup>95</sup> Ver CSJN, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, 30 de septiembre de 2003.

<sup>96</sup> Ver CSJN, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11 de agosto de 2009.

<sup>97</sup> Ver CSJN, “Vázquez Ferrá”, Considerando 10 del voto de la mayoría.

cuestrada a preservar su integridad física, porque es insignificante, tanto la extracción como la cantidad de torrente sanguíneo a extraer”. Sin embargo, la mayoría de la Corte sostuvo que la extracción compulsiva de sangre “resulta de dudosa constitucionalidad en nuestro derecho positivo vigente” en el caso de imputados y procesados<sup>98</sup>, y, especialmente, “cuando se trata de testigos muy particulares, como son las presuntas víctimas o sujetos pasivos” de delitos de lesa humanidad. Además, consideró que la extracción compulsiva de sangre podía obviarse porque existían métodos menos intrusivos<sup>99</sup>.

La Corte, además, reconoció que “la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Esa frontera, construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado, juzgando cuáles son las intenciones de quien se niega a averiguar su identidad en forma reiterada, siendo adulto y con total discernimiento. No puede haber otro juez que la propia persona afectada con competencia suficiente para juzgar las consecuencias que le acarrearía el esclarecimiento de su propia identidad”<sup>100</sup>.

Existen formas menos intrusivas e igualmente efectivas que la extracción compulsiva de sangre para obtener una muestra biológica destinada a la elaboración de un perfil o huella genética de

---

<sup>98</sup> Este fallo es anterior al dictado de la Ley 26.549 que incorporó el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación y que faculta a los jueces a ordenar la obtención de una muestra de ADN de un imputado u otra persona “cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación”. Hasta la fecha de publicación de este artículo, la Corte Suprema no se pronunció acerca de su constitucionalidad.

<sup>99</sup> Ver CSJN, “Gualtieri”, Considerando 14 del voto de la mayoría.

<sup>100</sup> Ver CSJN, “Gualtieri”, Considerando 15 del voto de la mayoría.

ADN (Ej.: el hisopado de saliva o *buccal swab*. De hecho, éste es el método que normalmente se aplica en los países a los que hicimos referencia en la primera parte de este trabajo). Sugerimos, entonces, que sean esos métodos los que se apliquen para el caso de las personas condenadas que deban someterse a este tipo de intervención.

En cuarto lugar, sugerimos que se actúe con prudencia en un ámbito nuevo, en el que las condiciones que se dan en los países que ya han legislado sobre la materia están lejos de ser factibles en la Argentina, especialmente en materia presupuestaria y de aplicación de estándares científicos adecuados. En este sentido, vale la pena recordar que, si bien es cierto que la tendencia mundial es la de incluir cada vez más delitos en la legislación que se dicta sobre el tema, ello se hizo de forma gradual y después de varios años de aplicar esta herramienta. Por ello, entendemos prudente que se realice una aplicación similar. Al igual que ocurre en algunos de los países a los que hicimos referencia en la primera parte (Ej.: Holanda y Canadá), sugerimos que se limite el tipo de delitos a ser incluidos solamente a los más graves (Ej.: delitos contra las personas).

En quinto lugar, debería preverse la posibilidad de que se eliminen registros que eventualmente puedan afectar el derecho a la privacidad genética de aquellas personas que sean finalmente absueltas en un proceso penal. En la legislación de la mayoría de los países del mundo se prevé que la persona cuya condena es revocada, o que resulta sobreeséida de la imputación de un delito, o que, a pesar de haber sido arrestada, ni siquiera se le imputa un delito, puede pedir que se elimine su registro de ADN en diversos momentos<sup>101</sup>.

En sexto lugar, sugerimos prohibir la práctica que se conoce como “familial searching”. En el Reino Unido y en algunos esta-

---

<sup>101</sup> En algunos países, luego de la absolución o la falta de acusación de una persona arrestada, está prevista la automática eliminación (*ex officio*) del perfil de ADN de la base de datos. Así ocurre, por ejemplo, en Bélgica, Hungría, Italia y Suecia.

dos de Estados Unidos se permite esta práctica que consiste en lo siguiente: luego de hacer un análisis de ADN sobre muestras que se obtengan en escenas de un crimen, se hace una búsqueda en la base de datos para ver si hay algún resultado coincidente con los perfiles almacenados, aun cuando la coincidencia sea parcial. En este caso, si la muestra obtenida en una escena de un crimen coincide parcialmente con un perfil de ADN, queda claro que la persona en cuestión no es la autora del delito, pero sí podría serlo un familiar cercano. De esta forma, se comienza a investigar a los familiares directos de la persona cuyo perfil de ADN hubiera arrojado una coincidencia parcial, aun cuando éstos no estuvieran incluidos previamente dentro de la base de datos. Como mecanismo de investigación es una herramienta útil, pero su aplicación ha sido criticada por que afecta indebidamente el derecho a la privacidad de las personas<sup>102</sup>.

Esta práctica es objeto de diversos debates y no tiene un tratamiento legislativo uniforme en los Estados Unidos: en algunos estados (Ej.: California) es aceptada. En otros, en cambio, ha sido directamente prohibida (Ej.: Maryland)<sup>103</sup>. Se trata de una cuestión novedosa y controversial que entendemos debe ser seguida con atención antes de ser receptada plenamente en la legislación argentina. En atención a lo expuesto, sugerimos supeditar esa práctica a que exista orden expresa emanada de autoridad judicial competente emitida en el curso de un proceso penal por un delito grave.

En séptimo y último lugar, sugerimos aplicar los más altos estándares científicos aplicables en la materia. Si bien es cierto que

---

<sup>102</sup> Entre otras cosas, porque a través de este mecanismo se pueden llegar a revelar que algunos miembros del grupo familiar investigado no están genéticamente relacionados o que están relacionados de una manera distinta a la que creían. Al respecto, ver Suter, Sonia M., "All in the Family: Privacy and DNA Familial Searching", en *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 23, Nro. 2, pp. 311 y sgtes. (2010).

<sup>103</sup> Ver Nakashima, Ellen, "From DNA of Family, a Tool to Make Arrests", en *The Washington Post*, 21 de abril de 2008, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/20/AR2008042002388.html> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

la prueba de ADN es considerada como altamente confiable, no lo es menos que el error humano es inherente a cualquier sistema o método científico. Esta realidad no puede ser ignorada<sup>104</sup>. Para minimizar esa posibilidad de errores se desarrollan estándares cuyo cumplimiento permite que se mantenga cierto nivel de confiabilidad. Dicho en otras palabras, la prueba de ADN es confiable en la misma medida en que lo sean el personal y los procesos involucrados en la toma de muestra y su posterior análisis<sup>105</sup>.

El cumplimiento de los recaudos que acabamos de señalar nos permitirá utilizar válidamente una herramienta moderna y útil para combatir y prevenir el delito, objetivo que ante la actual ola de inseguridad resulta prioritario. Nos ayudará, además, a impedir algunos de los desbordes gubernamentales a los que los argentinos nos hemos ido acostumbrando en los últimos ochenta años. De esta forma, podremos evitar que en el altar de la eficiencia sea nuevamente sacrificado uno de los fines principales que enumera nuestro Preámbulo: “asegurar los beneficios de la libertad”. Una correcta interpretación de nuestro sistema constitucional nos obliga a rescatar este objetivo del olvido en el que se encuentra sumido y, mucho más importante, nos desafía a que encaremos la difícil tarea de respetarlo en su sentido más pleno.

---

<sup>104</sup> Ver, por ejemplo, Liptak, Adam, “The Nation; You Think DNA Evidence Is Foolproof? Try Again”, en *The New York Times*, 16 de marzo de 2003, <http://www.nytimes.com/2003/03/16/weekinreview/the-nation-you-think-dna-evidence-is-foolproof-try-again.html> (última visita, 8 de septiembre de 2010).

<sup>105</sup> La aplicación y cumplimiento de este tipo de estándares es la regla en la experiencia comparada. A modo de ejemplo, entre los puntos tratados en la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Ministros de Europa de 1992 sobre el uso de ADN en el marco de investigaciones criminales, se encuentran expresas directivas en este sentido a fin de garantizar la profesionalidad del trabajo en los laboratorios forenses, establecer y asegurar procedimientos de control de calidad, integridad científica, seguridad, protección de datos, etc. (ver Council of Europe, *The use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system. Recommendation No. R (92) 1 and explanatory memorandum. Legal Issues*, Council of Europe Press, Estrasburgo, 1993, pp. 7 y 8).

